revista de la facultad de derecho

No. 23, noviembre 2004

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUÍN

0.05
4r
14 #23
2004

BIBLIOTECA
LUDWIG VON MISES
UFM GUATEMALA

revista de la facultad de derecho

No. 23, Noviembre 2004

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUÍN

502747

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Giancarlo Ibargüen
Rector
Max Holzhheu
Vicerrector
Ricardo Castillo
Secretario General
Ramón Parellada Cuadrado
Tesorero

Vocales
Manuel Ayau G.
Jens Bornholt
Diana Canella de Luna
Jorge Molina-Sinibaldi
Luis Fernando Samayoa

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Milton Estuardo Argueta Pinto
Decano
Ana Gisela Castillo Aparicio
Secretaria
María Luisa Beltranena de Padilla
Representante docente
Pedro Gálvez Hernández
Representante estudiantil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Cristina Umaña Luarca
Directora
Sergio Jeffrey Paz
Subdirector

Evaluación y revisión de contenido
Ana Sofía González (Coordinadora), Ana Luisa Ortiz, Margarita Herman, Claudia Cáceres, Silvia Gándara

Distribueión y promoción
Ana Sofía González (Coordinadora), Andrea Bolaños, María André Cadena, Anne Dougherty, Melissa Echeverría, Sofía Escribá, Conchita Villeda

Email
revista@ufm.edu.gt

Copyrigth © 2004 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala
ISSN 1562-2576

Contenido

Editorial

En la Corte
(Dr. Milton Argueta Pinto) 7

Derecho

La Protección Diplomática de Sociedades Mercantiles y Accionistas
(Lic. Jorge Luis Collantes) 11

El Derecho Consuetudinario
(Dra. Norma Rodríguez de Dengo) 25

Introducción a la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias
de la Organización de Estados Americanos (OEA)
(Lic. Ricardo Umaña) 33

El Contrato de Promesa y los Contratos Reales
(Ma. Ximena Ordoñez) 41

El Idioma y la Contratación
(Ma. Ximena Ordoñez) 53

Caso Hipotético: Cine, Felanuma y otras
entidades vs. Estado de Esmeralda
(Andrea Bolaños, Eduardo Calderón, Pascual Méndez-Herbruger) 61

Codification and Right Answers
(Andrew Morriss) 71

¡CUIDE ESTE LIBRO
COMO SI FUERA SUYO!
Si lo pierde o lo devuelve en mal estado,
se le cobrará su costo de reposición.

Derecho y Economía

El Acceso Preferencial que recibe Guatemala
en el Mercado Europeo estuvo en Peligro
(Lieda. Lizzie Medrano de Gamberale) 97

Derechos Humanos y Comercio
(Lic. Edwin Melini Salguero) 101

Historia

La Novela y las Formas Jurídicas
(Dr. Oswaldo Salazar) 113

Opción Pública

Lecciones para Guatemala
(Dr. Armando de la Torre) 119

Editorial

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

http://archive.org/details/revistadelafacu23univgua

MILTON ESTUARDO ARGUETA PINTO [1]

En la Corte

Dos de nuestros catedráticos desempeñan a partir del 13 de octubre de este año "*El Oficio de Juez*", como diría el Licenciado Francisco Fonseca Penedo, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y ex catedrático de Derecho Penal de nuestra Facultad, allá por los años ochenta. Ellos fueron electos Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, el tribunal ordinario más alto del país. Don Chico, como cariñosamente se le conoció en esta Facultad, escribió un libro en el que recogía sus vivencias como Juez y Magistrado a lo largo de una carrera judicial que lo llevó por distintos lugares de la República y por distintas escalas en el entramado del Organismo Judicial, hasta alcanzar la Presidencia del mismo. En uno de los capítulos del libro cuenta que su nieto le preguntó qué hacía un Juez. El experimentado maestro y abogado se vio en problemas: explicar que el médico cura enfermos, que el ingeniero construye y ve números y que el Dentista está para dar tratamiento y cuidado a los dientes, hubiera sido más fácil. Y entonces recordó la definición de "*Juez*" que trae *"Las Partidas": "el hombre bueno que hace Derecho"*. Así pues, hacer Derecho es entonces el oficio de Juez. Poniendo esta definición en los términos de nuestra filosofía, el Juez es quien descubre el Derecho. Pero habría que tener presente cómo califican *"Las Partidas"* al hombre que es Juez: lo califican de *"bueno"*. Si de algo podemos estar seguros es que nuestros dos catedráticos recién electos Magistrados, son merecedores ampliamente de ese adjetivo. Durante los próximos cinco años, siendo buenos deberán descubrir el Derecho por encima del revestimiento pétreo de la ley, guiados por los principios generales que inspiran nuestra ciencia y los valores que ésta tiende a realizar. Deberán cultivar la firmeza del espíritu y del carácter para poder disentir cuando su conocimiento, su formación y su conciencia se los requieran, porque hasta en eso tendrán la oportunidad de enseñar, ya que la jurisprudencia no sólo debe limitarse a los fallos, sino a las opiniones fundamentadas de aquellos Magistrados que han estado en desacuerdo con el mismo. Y a la vez, deberán conservar la humildad, que a ambos caracteriza y por la que sus alumnos tanto los aprecian, para reconocer cuando la razón no les asista. Durante los próximos cinco años los veremos impartiendo clases. Sin duda, enriquecidos los contenidos de sus asignaturas con las vivencias que deja *"el oficio de Juez"*. Durante esos cinco años, saben que cuentan con el cariño, la admiración y el apoyo de quienes estamos en la Facultad. Aquí estaremos siempre para lo que necesiten. Durante esos cinco años, esperamos que Dios, en su infinita bondad, envíe sobre ellos su Espíritu para que con los dones de la Sabiduría y el Discernimiento, honren a su país por la forma en que desempeñan "*el oficio de Juez*". Y al final del próximo lustro, quizás ya no tengamos a dos Magistrados en el claustro, pero sin temor a equivocaciones, seguiremos teniendo a los dos hombres buenos que supieron en su momento ejercer *"el oficio de Juez"*.

Estimados catedráticos Luis Fernández Molina y Gilberto Chacón Torrebiarte: buena suerte, que Dios los acompañe y hágannos sentir con su gestión aún más orgullosos de lo que ya estamos con su designación. ¡Felicitaciones!

---

1 Decano, Doctor en Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

Derecho

LIC. JORGE LUIS COLLANTES GONZÁLEZ[1]

La Protección Diplomática de Sociedades Mercantiles y Accionistas[2]

Sumario:

Introducción.
1. La Protección Diplomática: Cuestiones Fundamentales.
   1.1. Concepto, fines y modos de ejercicio.
   1.2. Requisitos para ejercerla.
      1.2.1. La nacionalidad del Estado que la ejerce.
         1.2.1.1. La vinculación efectiva.
         1.2.1.2. La continuidad de la nacionalidad.
      1.2.2. Las manos limpias *(clean hands)*: una regla controvertida.
      1.2.3. El agotamiento de los recursos internos.
   1.3. ¿Protección diplomática de bloques económicos regionales supra-estatales?: Comunidades Europeas en materia de pesca.
2. Las Sociedades Mercantiles Ante La Protección Diplomática.
   2.1. La protección de las sociedades de capital: la sociedad anónima y relevancia del Derecho de los Estados.
      2.1.1. La exigencia de la nacionalidad y sociedades multinacionales.
   2.2. La protección de sociedades de personas.
3. La Protección Diplomática de los Accionistas.
4. ¿Pueden los Particulares Renunciar a la Protección Diplomática?: La Cláusula Calvo y las Excepciones a la Regla del Agotamiento de los Recursos Internos.
5. Conclusiones.
6. Referencia Complementaria.

Introducción

Emergida desde la configuración de un Derecho internacional (DI) interestatal, donde se desconocía la subjetividad internacional del individuo, la protección diplomática (PD) apareció como una reacción frente al daño que un Estado causaba a un extranjero. El Estado del que el lesionado era nacional reaccionaba en su defensa. En un principio se trató de represalias contra el Estado que provocaba el daño. Pero con el desarrollo progresivo del DI y la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, los Estados percibieron más de cerca la obligación de dirimir sus controversias económicas y comerciales a través de medios pacíficos.

En el DI contemporáneo, aunque con matices y limitaciones, el individuo goza de capacidad para acudir a instancias internacionales ante daños imputables a un Estado para la protección de sus derechos lesionados. Como sabemos, en el seno del Consejo de Europa o de la Organización de Estados Americanos (OEA) se han establecido sistemas regionales de protección que le legitiman para hacer reclamaciones contra Estados.

De lo expuesto se extrae que ante un hecho internacionalmente ilícito perpetrado por un Estado contra un extranjero es posible que, por un lado, el Estado del cual el perjudicado es nacional ejerza la PD; y, por otro, que el extranjero lesionado en algún derecho pueda utilizar los mecanismos ofrecidos por el DI regional para obtener reparación. En el contexto

---

1 Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona). Postgrado en Inversiones Extranjeras y Doble Imposición por la Universidad de Barcelona. Candidato a Master en Jurisdicción Internacional por la Universidad Internacional de Andalucía. Ha sido beneficiario de becas para cursos de Derecho internacional de las universidades de Cantabria, del Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo y del *Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki* (Grecia). Galardonado por sus trabajos en el IV Congreso universitario de Derecho penal de las universidades de Barcelona y Pompeu Fabra y en el I Congreso de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, completó su formación con seminarios y otros eventos celebrados en las universidades de Carlos III de Madrid, Salamanca, Autónoma de Barcelona, Ámsterdam, Complutense de Madrid.

2 Este artículo ha sido publicado en la Revista *Ius et Veritas*, nº 25, de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

general de nuestra sociedad internacional esta última opción no es generalizada. No todos los Estados de nuestra Comunidad Internacional pertenecen a sistemas regionales de protección de derechos y libertades fundamentales. Ambas opciones, aunque guardan cierta relación (el hecho que las motiva es el mismo), son de naturaleza distinta y tanto la reparación como el interés protegido varían de un caso a otro. Mientras que en la PD el interés es del Estado del que es perjudicado es nacional y consecuentemente también es el titular de la reparación a que hubiere lugar, en los mecanismos regionales de protección de derechos fundamentales lo que se procura es la defensa directa de intereses de particulares, quienes son también beneficiarios de las posibles reparaciones.

Tomando como presupuesto al hecho internacionalmente ilícito de un Estado recaído en un extranjero, este artículo pretende hilvanar y confrontar doctrina para responder, a lo largo de su desarrollo, a los siguientes interrogantes: ¿En qué medida es posible la PD de las sociedades mercantiles? ¿En qué medida tiene cabida la PD del accionista? ¿Qué papel juega la "Cláusula Calvo" y cómo podría limitarse el ejercicio retorcido de la PD? ¿Qué evaluación merece el Estado actual de la cuestión?

1. La Protección Diplomática: Cuestiones Fundamentales

1.1. Concepto, fines y modos de ejercicio

Tradicionalmente la PD se ha entendido como la labor de un Estado encaminada a defender a sus nacionales en el territorio de otro. En efecto, tal como indica la Sentencia del 30 de agosto de 1924 de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sobre el *Asunto Mavrommatis*[3], "Es un principio elemental de DI el que faculta al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al DI que haya podido cometer otro Estado y respecto de las cuales no haya podido obtener satisfacción por medio de vías ordinarias. Al asumir la reclamación de uno de los suyos, al iniciar, en su favor la acción diplomática o la acción judicial, en realidad dicho Estado ejercita su propio derecho, el que tiene a que el DI sea respetado en la persona de sus súbditos". No se trata de un derecho de las personas a ser protegidas. Sin embargo, cabe anotar que el Relator Especial John DUGARD la plantea en su Primer Informe sobre PD (Comisión de DI. ONU. 2000)[4] como una posible obligación del Estado a ejercerla en un caso concreto. En este sentido señala que "a menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la PD en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *ius cogens*[5] atribuible a otro Estado" (Art. 4.1)[6].

Los modos de ejercicio de PD son variados y, siempre dentro de la legalidad internacional, pueden ir desde gestiones diplomáticas directamente ante el Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito hasta la vía arbitral o jurisdiccional[7]. En esta línea, la finalidad perseguida es triple, sin que ninguna sea excluyente de otra, *a) prevenir* la violación de normas internacionales relativas a extranjeros, *b) hacer cesar* la actividad de carácter ilícito y *c) obtener una reparación*[8].

---

3 *Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A. Nº 2. Pag. 12.

4 Las traducciones al español que se citan sobre este Informe se han recogido de GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA *"Materiales de prácticas de Derecho internacional público"*. Tecnos. Madrid, 2002. Págs. 285-286. *Vid.* ZIECK *"Codification of the Law on Diplomatic Protection: the First Eight Draft Articles". Leiden Journal of International Law.* Volumen 14. Issue 1 (2001). Págs. 209-232.

5 Sobre el *ius cogens* internacional, *vid.* Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados.

6 El Relator también expone a este enunciado. Tales serían: "El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si: *a)* El ejercicio de la PD puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población; *b)* Otro Estado ejerce la PD en nombre de la persona perjudicada; *c)* La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado" (Art. 4.2).

7 En virtud del Art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas debe descartarse el uso de la fuerza como medio de ejercicio de PD.

8 DÍEZ DE VELASCO *"Instituciones de Derecho internacional público"*. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 757.

1.2. Requisitos para ejercerla

1.2.1. La nacionalidad del Estado que la ejerce

La nacionalidad es el vínculo formal que une a una persona a un Estado y a todo Estado soberano corresponde regular la adquisición de su nacionalidad y conferirla de acuerdo con su Derecho interno.[9]

La Sentencia del 29 de febrero de 1939 de la CPJI sobre el *Asunto Railway Line Panevezys-Saldutiskis* reconoce el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo como único título que tiene un Estado para ejercer su derecho de PD[10]. Esta sentencia también admitió una excepción a la regla: la de los acuerdos particulares. En virtud de éstos, si un Estado asume relaciones internacionales de otro Estado, es posible que el Estado que las asume pueda ejercer la PD de quien no sea nacional suyo si es que así lo hubiesen consentido tanto el Estado de la nacionalidad de la víctima como el Estado reclamado. Un precedente de ello lo encontramos en el *Asunto Nottebohm*, donde en un primer momento Suiza asumió la protección de Friedrich Nottebohm, ciudadano del Principado de Liechtenstein.

En conexión con el ejercicio de la PD por un tercer Estado, es importante tener en cuenta la ciudadanía europea. El artículo 17 del Tratado de Maastricht de 1995 instituyó la ciudadanía europea, considerando ciudadano de la Unión Europea (UE) a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro de la UE. Dicha ciudadanía fue establecida con carácter *complementario* y no sustitutivo de la ciudadanía nacional[11]. Posteriormente, la Reforma al Tratado de la Comunidad Europea estableció que todo ciudadano de la UE, cuando se encuentre en el territorio de un Estado donde su Estado de nacionalidad no esté representado, puede acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de otro Estado de la UE[12]. Esta previsión está reforzada por el artículo 46 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE del 2000; pero en todo caso igualmente estaría condicionada a la aceptación del Estado frente al cual se pretende ejercer la PD.

1.2.1.1. La vinculación efectiva

La jurisprudencia internacional entiende que, a efectos de la PD, una nacionalidad como vínculo formal no es suficiente. Ésta exige el *plus* de la vinculación *efectiva* (nexo efectivo) entre la víctima de la conducta internacionalmente ilícita y el Estado que la ejercita. Este requisito aparece en la Sentencia del Tribunal Arbitral de 3 de mayo de 1912 sobre el *Asunto Canevaro* y en la Sentencia del 6 de abril de 1955 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre el *Asunto Nottebohm*, entre otras pronunciaciones.

En el *Asunto Canevaro*, la controversia radicaba en un impago del Perú a los señores Canevaro, entre ellos el señor Rafael Canevaro, quien tenía doble nacionalidad (peruana e italiana). El laudo arbitral no satisfizo la reclamación italiana por el señor Rafael Canevaro en virtud de que él mantenía una vinculación efectiva con el Estado peruano, desde donde resaltaba su candidatura al Senado y el ejercicio de funciones consulares en Holanda. Además en este caso el tribunal también indicó que cuando una persona es nacional de más de un Estado, ninguno de ellos puede hacerse valer de la nacionalidad suya que tenga una persona para ejercer la PD frente a otro del que también es nacional. Pero, años después, la Comisión de Conciliación Italo-Americana constituida tras la II G.M, en su Decisión de 10 de junio de 1955 sobre el *Asunto Mergé*, dijo que el principio "... basado en la igualdad soberana de los Estados, el cual excluye la PD en casos de doble nacionalidad, debe ceder paso ante el principio de la

9 Art. 1 del Convenio de La Haya sobre los Conflictos de Nacionalidad de 12 de abril de 1930. Sobre la nacionalidad y los problemas que plantea, *vid*. VERWILGHEN *"Conflicts de nationalités". Recueil of Courses of The Hague Academy*. T. 277. 1999. Págs. 47 y ss. (todo el tomo está dedicado a ello).

10 *Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A/B. Nº 76. Pag. 17.

11 *Vid*. Decisión de los Representantes de los Gobiernos de Estados Miembros reunidos en el Consejo de 12 de diciembre de 1995 sobre la Protección de ciudadanos de la UE por las Representaciones Diplomáticas y Consulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L.314/73 de 28 de diciembre de 1995.

12 El precepto continúa señalando que "Los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección".

nacionalidad efectiva cuando tal nacionalidad es la del Estado reclamante"[13]. Este parecer de la Comisión Italo-Americana ha sido retomado por el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán, quien en su Decisión del 6 de abril de 1984 por el *Asunto de Personas con Doble Nacionalidad (Caso 18)* señaló que "la regla relevante de DI que el tribunal ha de tener en cuenta a propósito de la interpretación... es la regla del *dictum* de *Nottebohm*, la regla de la nacionalidad real y efectiva, y la búsqueda de 'lazos entre personas afectadas y uno de los Estados cuya nacionalidad está implicada'. Teniendo en cuenta el efecto generado por esta regla desde la decisión *Nottebohm*, el Tribunal concluye que la referencia a 'nacional' y 'nacionales' en la Declaración de Argelia debe ser entendida como coherente con aquella regla, a menos que una excepción sea claramente establecida... El Tribunal no encuentra que el texto de la Declaración de Argelia prevea tal clara excepción". Por lo que "El Tribunal concluye que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones contra Irán por los dobles nacionales irano-estadounidenses cuando la nacionalidad dominante y efectiva del reclamante... era la de Estados Unidos"[14].

En el *Asunto Nottebohm*, el contencioso se produjo a raíz de que en los años cuarenta (contexto de la II G.M.), el señor Friedrich Nottebohm, alemán de origen naturalizado liechtensteinence y con domicilio en Guatemala, fue considerado enemigo, recluido, confiscado de sus bienes y expulsado. Liechtenstein consideró que Guatemala había violado sus obligaciones relativas al trato de extranjeros de un Estado neutral. Guatemala reconocía al señor Nottebohm como alemán y no la nacionalidad concedida por el Estado demandante. En su sentencia la CIJ señaló que "la nacionalidad conferida por un Estado, no otorga título para ejercer protección frente a otro Estado, salvo si esta concesión representa la traducción, en términos jurídicos, de la vinculación entre el individuo considerado y el Estado que le ha hecho su nacional". Para la CIJ, parece que mas que para conseguir un reconocimiento legal de que el señor Nottebohm pertenecía a la población de Liechtenstein, la naturalización perseguía sustituir la condición de súbdito de un Estado beligerante por la de súbdito de un Estado neutral, con el único propósito de ubicarse bajo la protección de Liechtenstein y no con la de adoptar sus tradiciones, intereses, género de vida, asumir las obligaciones –aparte de las fiscales– y ejercer los derechos inherentes a su género de vida. Por lo que sentenció que "Guatemala no tiene obligación de reconocer una nacionalidad concedida en tales circunstancias"[15].

Otro dato interesante encontramos en la Comisión de Conciliación Italo-Americana *(Caso Mergé)*. Ante esta Comisión se presentó una reclamación de Estados Unidos pretendiendo una compensación por los daños sufridos por la señora Florencia Strusky-Mergé durante la guerra. Italia se oponía a esta pretensión por considerar que la señora Mergé era su nacional. Planteado así el problema de la doble nacionalidad, en su Decisión de 10 de julio de 1995 la Comisión rechazó la petición de Estados Unidos argumentando que "Después de haber examinado los hechos presentes... la Comisión decide que la Sra. Mergé no puede ser considerada en absoluto, de forma determinante, como nacional de Estados Unidos en el sentido... del tratado de paz, en atención a que su familia no tiene residencia habitual en Estados Unidos y a que los intereses y la vida profesional del cabeza de familia, tampoco se sitúan en ese país. De hecho, la Sra. Mergé no ha vivido en Estados Unidos después de su matrimonio, utilizó un pasaporte italiano para trasladarse en 1937 a

13 Es preciso tomar nota de que el Primer Informe del Relator DUGARD considera que la posibilidad de que "el Estado de la nacionalidad podrá ejercer la PD a favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también nacional cuando la nacionalidad [dominante] [efectiva] de la persona sea la del primer Estado" (Art. 6).

14 Traducción extraída de GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA *"Materiales..."*. Págs. 304-305.

15 *Recueil* CIJ. 1955. Pág. 26. El Relator DUGARD considera en su ya citado Informe que "A los efectos de la PD de personas naturales, por 'Estado de la nacionalidad' se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe (Art. 5)." Este enunciado se conecta con otro posterior en el mismo texto, según el cual "Todo Estado podrá ejercer la PD respecto de una persona lesionada que tenga la condición de apátrida o refugiado cuando esa persona tenga normalmente residencia legal en el Estado demandante; siempre que el perjuicio se haya causado después de que esa persona pasara a ser residente legal del Estado demandante."

Japón, residió en Japón de 1937 a 1946 con su marido, a la sazón funcionario de la Embajada Italiana en Tokio, y no parece que haya sido jamás detenida en Japón en calidad de súbdito enemigo"[16].

Otras pronunciaciones también han matizado de alguna manera lo dicho en el *Asunto Nottebohm*, como ocurre por ejemplo con la Sentencia del Tribunal Arbitral sobre el *Asunto Salem* de 8 de junio de 1932[17], que enfrentó a Estados Unidos y Egipto. En esta controversia Estados Unidos protegía a un iraní de nacimiento naturalizado estadounidense. Contra esta protección, Egipto alegó la nacionalidad iraní de la persona que sufrió el daño. La Sentencia señaló que tal exigencia no opera a favor de un Estado que debería contestar la reclamación presentada por uno de dos Estados de los cuales una persona es nacional oponiendo la nacionalidad del otro Estado. Asimismo, la Comisión de Conciliación Italo-Americana al pronunciarse sobre el *Caso Flaggenheimer* (1958) indicó que tampoco un Estado puede atribuir la nacionalidad de un tercer Estado a otra persona en el caso de que ésta esté investida de una sola nacionalidad[18].

Por lo aquí expuesto se entiende, por un lado, que es el nexo efectivo en los casos de doble nacionalidad un requisito insalvable para la PD y, por otro, que si bien los Estados no están obligados a reconocer la nacionalidad concedida por otro Estado bajo ciertas circunstancias, ello no les faculta para adjudicar unilateralmente la nacionalidad de otro Estado (sin perjuicio de que la falta de nexo efectivo entre el Estado que ejerce la PD sea desestimada ante instancias internacionales)[19].

1.2.1.2. La continuidad de la nacionalidad

La regla de la continuidad de la nacionalidad exige que la persona sobre quien recae la conducta internacionalmente ilícita cuente con la nacionalidad del Estado protector tanto en el momento en que se produce el hecho ilícito como en el de la reclamación. Sin embargo, esta regla presenta dos excepciones: cuando el cambio de nacionalidad es ajeno a la voluntad de la persona, ya sea derivada del proceso descolonizador o de sucesión de Estados[20]; y cuando una norma internacional pactada así lo estime, como en el caso del Acuerdo entre la RFA e Israel de 1952, por el que el primero se comprometió a reconocer las reclamaciones por el holocausto ocurrido antes del nacimiento del Estado de Israel.

1.2.2. Las manos limpias (clean hands): una regla controvertida

Incorporada al DI desde la doctrina y jurisprudencia británica, la regla de las manos limpias es un aspecto controvertido en la PD. Según sus defensores, entre ellos WITENBERG[21] y GARCÍA ARIAS[22], la ilicitud de la conducta del particular por quien se reclama respecto del Derecho interno del Estado lesionante o del DI motiva desestimar la PD. Por contra, otros autores como PASTOR RIDRUEJO[23], llegan a la conclusión de que la conducta incorrecta del particular no implica inadmitir la PD sino que tal conducta incidiría tanto sobre el fondo de un asunto como en la suma de la reparación. Sobre el fondo porque un hecho presuntamente ilícito podría estar justificado por un comportamiento ilegal o fraudulento de un particular. Y sobre la cuantía de la

16 Traducción extraída de GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA *"Materiales..."*. *Op. Cit.* Pág. 303.

17 *Recueil des Sentences Arbitrales*. II. Pág. 1165.

18 *Recueil des Sentences Arbitrales*. XIV. Pág. 327.

19 También es interesante el criterio de la residencia en el caso de los apátridas (*vid.* Art. 8 del Primer Informe del Relator DUGARD).

20 *Vid.* Resolución de *l'Institute de Droit International* del 10 de septiembre de 1965. *Annuarie de l'Institute de Droit International. Session de Varsovie*. 1965. Pags. 260-262.

21 WITENBERG *"l'Organisation judiciare, la procédure et la sentence arbitrale"*. Pedone. París, 1937. Pags. 159-160.

22 *"Sobre el derecho de protección diplomática". Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Vol. 1. 1959. Págs. 148 y ss. Alude casos como *Massey* (1927), *Chattin* (1927), *Kling* (1931), *I'm Alone* (1935).

23 *"Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales"*. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 250.

reparación porque si una parte de los daños se derivan de la conducta del particular y no del hecho internacionalmente ilícito, los daños así provocados podrían ser descontados de la reparación.

Es de compartir la tesis de PASTOR RIDRUEJO en tanto que si se aceptase la regla de las manos limpias desde el planteamiento más radical, según el cual su violación motiva desestimar la PD, se estaría provocando indefensión ante -y legalizando las- medidas desproporcionadas de los Estados frente a los nacionales de otro. Esta afirmación se corrobora en la jurisprudencia internacional. Así, la Comisión Arbitral del *Caso I'm Alone*[24], que enfrentó a Canadá y Estados Unidos, tomó en consideración la ilicitud de la actividad de un barco canadiense respecto del tráfico de alcohol tanto como cuestión de fondo del asunto como para evaluar la reparación, más no desestimó la PD como tal.

1.2.3. El agotamiento de los recursos internos

La jurisprudencia enfatiza que antes de recurrir a una jurisdicción internacional es necesario que el Estado donde se cometió la lesión pueda ponerle remedio por sus propios medios en el marco del Derecho interno *(local remedies)*[25]. Pues esto está bastante arraigado en el DI.

Este requisito también admite excepciones. Como esquematiza DÍEZ DE VELASCO[26], fundamentalmente tales son: *a)* cuando el Estado contra el que se reclama, mediante una cláusula arbitral u otra similar, haya renunciado a que se agoten los recursos; *b)* cuando el Derecho interno del Estado contra el que se reclama no prevea los recursos necesarios; *c)* cuando los tribunales del Estado reclamado no tengan competencia para conocer la acción que se intente ante ellos[27]; *d)* cuando el resultado debe ser la repetición de decisión ya dada[28]; *e)* cuando existan retrasos injustificados en la administración de justicia o cuando ésta no dicte sentencia en un plazo razonable; y *f)* cuando la decisión sea tomada por una autoridad gubernamental contra la cual no hay remedios adecuados previstos en la legislación interna[29]. A estas excepciones y al hilo de esta última, hay que añadir que en caso de responsabilidad de un Estado por un acto contrario a Derecho cometido en su territorio contra un extranjero y ante el rechazo de reparar, la regla de los agotamientos de los recursos internos sería inaplicable tratándose de daños inmediatos, ya que habría una denegación de justicia[30].

1.3. ¿Protección diplomática de bloques económicos regionales supra-estatales?: Comunidades Europeas en materia de pesca

Hay sectores de la actividad económica en donde los bloques regionales de integración supranacional han asumido competencias en detrimento de sus Estados miembros. La pesca es uno de ellos en el ámbito de las comunidades europeas (CCEE). Las competencias cedidas por los Estados en favor de las CCEE pueden llevar consigo que las propias instituciones comunitarias asuman también facultades de reclamación frente a un hecho internacionalmente ilícito perpetrado por un tercer Estado en la persona de un nacional de un Estado comunitario, sea persona física o jurídica.

En el seno de las CCEE raíz del problema del Barco *Theodoros* parece que podría abrirse el camino a una PD comunitaria. La propietaria de la embarcación *Theodoros*, de pabellón griego, presentó una

24 *Recueil des Sentences Arbitrales*. III. Págs. 1609 y ss.

25 En este sentido, Sentencias de la CIJ del 21 de mayo de 1959 sobre el *Asunto Interhandel. Recueil* CIJ. 1959. Pag. 27; y de 20 de julio de 1989 sobre el *Asunto Elettronica Sicula. Recueil* CIJ. 1989. Pags. 40 y 46; la Decisión arbitral sobre el *Asunto Ambiatelos. Recueil des Sentences Arbitrales*. Vol. XII. Pags. 119-122.También la Ordenanza de la CPJI del 4 de abril de 1939 sobre el *Asunto Compagnie d'electricité de Sofia et de Bulgaria. Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A/B. Nº 77. Pag. 79.

26 *"Instituciones...". Op. Cit.* Pag. 766.

27 Sentencia de la CPJI del 15 de junio de 1939 sobre el *Asunto Société Commerciale de Belguique. Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A/B. Nº 78. Pag. 19.

28 *Idem*. Pág. 18.

29 Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto Interhandel. Recueil* CIJ. 1959. Pág. 27.

30 ALLAND *"Droit international public". Presses Universitaires de France*. París, 2000. Pág. 418. Cita una Sentencia dictada en 1978 sobre el *Asunto de la interpretación del Acuerdo Aéreo Franco-Americano de 1946* que va en este sentido.

reclamación de indemnización a las CCEE por la captura de la citada embarcación a manos de agentes de Guinea Bissau. En la reclamación se invocaba que la Delegación de la Comisión[31] no hizo ante Guinea Ecuatorial las gestiones debidas para la liberación del buque ni solicitó que se fije una fianza bancaria para este fin[32]. Casos como este permitirían observar *a priori* una doble reclamación, una por el Estado de la nacionalidad y otra por el bloque regional de integración supranacional en virtud de competencias cedidas. No obstante, tal confusión no tendría cabida en tanto que si un Estado ha cedido competencias dentro de la legalidad (comunitaria en este caso), difícilmente podría ser aceptado que el Estado ejerza unilateralmente una *bis atractiva* en su favor y en detrimento de las CCEE[33]. Pero en todo caso, tampoco podría negarse tajantemente la posibilidad del ejercicio de PD por el Estado en virtud del pabellón de la nave.

2. Las Sociedades Mercantiles ante la Protección Diplomática

Como describió MIAJA DE LA MUELA[34] en un primer momento, la protección de sociedades mercantiles tropezó con algunas reticencias. Entre estas reticencias destaca el Informe de WEBSTER y CLARKE del 16 de marzo de 1891, donde se estimó que no podría considerarse súbdito de la Corona británica a una compañía constituida según la legislación inglesa. Pero tal opinión representaba por entonces algo excepcional con respecto al criterio de conceder personalidad a determinadas sociedades en los países anglófonos (según la solución de la *incorporation* o país de inscripción de la sociedad). En los países continentales fue decisiva para su nacionalidad el país de domicilio o sede social de la compañía. Este reconocimiento de personalidad propia de las compañías por el Derecho doméstico de los Estados incidió en su reconocimiento por el DI.

2.1. La protección de las sociedades de capital: la sociedad anónima y relevancia del Derecho de los Estados

El Derecho de los Estados admite, aunque con algunas particularidades propias de la legislación nacional de que se trate, las sociedades de capital, siendo su máximo exponente la sociedad anónima (S.A.)[35]. Cuando se aceptó en la legislación de los Estados la personería jurídica propia de ciertas sociedades, el DI hizo eco de esto. En esta línea, la Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970 sobre el *Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*[36] reconoce que el DI está llamado a reconocer instituciones de Derecho interno que juegan un papel importante en la vida económica y que están muy extendidas en el plano internacional. Ello -prosigue- quiere decir que el DI ha debido reconocer, en la S.A., una institución creada por los Estados en un terreno que depende esencialmente de su competencia nacional. Tal reconocimiento necesita que el DI se remita al Derecho doméstico toda vez que existan controversias jurídicas relativas al Derecho de los Estados sobre el trato de las sociedades y de los accionistas y a propósito de las cuales el DI no haya fijado sus propias normas.

---

31 Las instituciones comunitarias son: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia. La Comisión es una institución comunitaria cuyas Delegaciones representan a las CCEE en el exterior. Además, es considerada como "el motor de las comunidades" y guardiana del Derecho Comunitario. También tiene funciones legislativas y atribuciones ejecutivas, aunque limitadas.

32 *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de 6 julio de 1996.

33 KATSOUFROS *"Reflexions sur l'arrêt Odigitria du Tribunal de première instance des Communautés européennes". Annuaire Français de Droit International.* 1995. Págs. 711 y ss.

34 *"Aportación de la Sentencia del Tribunal de La Haya en el Caso Barcelona Traction a la jurisprudencia internacional".* Universidad de Valladolid, 1970 . Págs. 91-92.

35 Una interesante figura en el Derecho societario comparado se aprecia en el ordenamiento francés con la sociedad por acciones simplificadas. Al respecto, *vid.* SALGADO SALGADO *"La* société par actions simplifiée*: la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés". Revista de Derecho Mercantil.* 2001. Nº 241. Págs. 1515 y ss.

36 *Recueil* CIJ. 1970. Págs.33 y 34.

2.1.1. La exigencia de la nacionalidad y sociedades multinacionales

Como una abstracción, las personas jurídicas, y por ello las sociedades mercantiles, pueden tener una nacionalidad distinta a la de sus socios y accionistas[37]. Los criterios para determinarla pueden variar de un Estado a otro y esto puede generar criterios y atribuciones estatales discordantes entre los Estados para ejercer PD por una sociedad en la medida en que se produzca la hipótesis de que más de uno considere a una persona jurídica como su nacional. Este punto aparece zanjado por la Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto Barcelona Traction*, al indicar que el derecho de ejercer la PD por una sociedad corresponde al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede social[38]. De esta afirmación se entiende que no es aplicable el criterio del nexo efectivo que se exige en el caso de las personas físicas.

En relación con las sociedades multinacionales es oportuna la aclaración de SÁNCHEZ CALERO[39]. Dice el jurista que con este término se ha cobijado a sociedades que operan en varios países en los que tienen sus establecimientos, y cuyos elementos personales (socios, administradores, etc.) tienen diferentes nacionalidades. Pero también precisa que desde el punto de vista jurídico la nacionalidad de cada sociedad como persona jurídica es única; por lo que la expresión "sociedad multinacional" es equívoca. En ocasiones se hace referencia con este término a un grupo de sociedades, las cuales pueden tener nacionalidades distintas; pero el grupo como tal carece, en principio, de personería jurídica y por lo tanto de nacionalidad. En consecuencia, el problema de su nacionalidad desaparece en virtud del criterio formal exigido para las personas jurídicas. Y ante una ausencia de un vínculo formal respecto a algún Estado, ninguno podría asumir su PD.

2.2. La protección de sociedades de personas

Si bien las sociedades de personas, como la colectiva o la comanditaria, tienen una personalidad jurídica propia en ordenamientos estatales, el criterio seguido por la jurisprudencia internacional no ha sido el mismo que en el caso de las sociedades de capital. La jurisprudencia internacional entiende que aunque los ordenamientos internos les reconozcan personalidad jurídica propia, ello no tiene importancia decisiva en el plano internacional[40]. En este sentido, tratos fuera de la legalidad a las sociedades de personas originan la directa PD de sus miembros.

Al estar generalmente constituidas en el país donde operan, una aceptación de la PD de la sociedad como persona jurídica sería técnicamente un imposible jurídico en tanto que se daría inaceptable figura de la PD de un Estado contra sí mismo (coincidirían infractor y reclamante).

Por otro lado, en atención a las particularidades de las sociedades de personas respecto de las de capital, la protección del socio extranjero obviando la personalidad jurídica de la sociedad se justifica en que, contrariamente con lo que ocurre en las sociedades de capital, en las sociedades de personas, y con mayor énfasis en las sociedades colectivas, se trata de sociedades personalistas donde los socios aportan industria y donde participan en la administración de la misma y quedan obligados y responden personal y solidariamente a las resultas de las operaciones que se hagan en nombre de la sociedad[41]. En este sentido, la aportación de industria posibilita prestaciones que podrían en algún caso llegar a dar lugar a una violación a los derechos y libertades fundamentales de las personas (piénsese por ejemplo en una situación en que la exigibilidad de una obligación de aportar industria pudiera aparecer como un caso de trabajo forzado). Pues si

37 La CPJI abordó el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas en el *Asunto de Certain German Interests in Polish upper Silecia. Hague Permanent Court of Justice. Publications.* SÉRIE A. Nº 7. Pág. 70.

38 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 42.

39 *"Instituciones de Derecho mercantil"*. Mc Graw Hill. Madrid, 2002. Págs. 252 y 253.

40 *Cfr:* DÍEZ DE VELASCO *"La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires". Recueil of Courses of The Hague Academy of International Law.* T. 141. 1974. Págs. 129 y ss.

41 *Cfr:* Arts. 127 a 132, 135, 228 y 229 del Código de Comercio español.

ello tuviera lugar, aun con el soporte de la legalidad del ordenamiento interno y/o con el beneplácito de la justicia estatal, podríamos estar ante un hecho internacionalmente ilícito, ante el cual sería posible la PD del socio extranjero, obviando la personería jurídica de la sociedad.

3. La Protección Diplomática de los Accionistas

La acción representa una cuota alícuota del capital social de una compañía y constituye un conjunto de derechos en el seno de la organización social. El accionista tiene, junto a los derechos que el ordenamiento le reconoce como tales, ciertos poderes y facultades que se agrupan en cada acción[42].

La CIJ en su Sentencia sobre el *Asunto Barcelona Traction* se remite al Derecho doméstico de los Estados y admite que éste es determinante para dilucidar la situación jurídica de la S.A. y de las personas que poseen acciones. Precisa la CIJ, que el accionista y la sociedad no pueden ser identificados porque les separan numerosas barreras jurídicas. El mismo concepto y estructura de la S.A. se funda en una severa distinción entre dos personalidades separadas, cada una dotada de diferentes derechos. La separación del patrimonio del accionista y de la sociedad es un importante ejemplo de la distinción de personalidades[43].

La sentencia en cuestión también admite que un daño causado a la sociedad frecuentemente afecta al accionista, pero aclara que ello no implica que ambos tengan derecho a pedir reparación, ya que en casos de daños a la sociedad el accionista se ve afectado en sus intereses pero no en sus derechos.

En esta línea, la CIJ afirma que cada vez que los intereses de un accionista se ven lesionados por actos dirigidos contra la sociedad, éste debe acudir a la sociedad para que interponga los recursos oportunos, ya que aunque accionista y S.A. puedan verse afectados por el mismo hecho, sólo los derechos de la sociedad han sido lesionados[44]. La CIJ también indicó que la protección del accionista como tal, al abrir la vía de reclamaciones concurrentes (sociedad por un lado y accionista por otro), provocaría un clima de inseguridad en las relaciones económicas internacionales, máxime si las compañías de actividad internacional están diseminadas y a menudo cambian de manos[45].

La definición de la acción aquí asumida, y en sintonía con la Sentencia sobre el *Asunto Barcelona Traction*, nos lleva a sostener que si bien la defensa del accionista tiene cabida a través de la defensa de la sociedad misma, también existen supuestos en los que el Estado de nacionalidad del accionista puede intervenir. En este sentido, la Sentencia admite la PD del accionista en dos casos: *a)* cuando se produce una lesión propia a los derechos del accionista, y *b)* cuando la sociedad se ha extinguido.

En relación a la PD por derechos propios del accionista, la sentencia hace eco del Derecho interno para reconocer que el accionista goza de ciertos derechos como, por ejemplo, el que tiene sobre los dividendos declarados, el de asistir a la juntas generales, el de voto, o el de una parte del remanente del activo social en caso de liquidación. La CIJ reconoce que si es que estos derechos fuesen conculcados, entonces los accionistas tienen derecho a un recurso independiente a los que puedan interponerse en razón de la sociedad[46].

---

42 A modo de ejemplo, el Derecho español reconoce como derechos del accionista, sin que esta lista sea exhaustiva, los siguientes: a participar en las ganancias, a participar en el patrimonio que resulte de la liquidación, de suscripción preferente, de asistencia y voto en las juntas generales, de información y de impugnación de acuerdos sociales. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO *"Instituciones..."*. *Op. Cit.* Págs. 325 y ss.

43 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 34.

44 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 35.

45 Sin embargo, merece atención que la sentencia reconozca que existen casos en los que el levantamiento del velo corporativo es admitido en caso de localización de bienes del enemigo para asegurar las posibles reparaciones y en caso del trato a bienes extranjeros a raíz de las nacionalizaciones hechas por los Estados por el tiempo del que data la sentencia. (Párrafos 59 al 61. *Recueil* CIJ. 1970. Págs. 39 y 40), *vid.* DINSTEIN *"Diplomatic Protection of Companies under International Law"*, en WELLENS (Ed) *International Law: Theory and Practice (Essays in Honour of Eric Suy)*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague/Boston/London, 1998. Págs. 513-515.

46 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 36.

En torno a la admisión de la PD del accionista por caso de disolución de la sociedad, la CIJ observa que la extinción de la sociedad priva a los accionistas de toda posibilidad de presentar recursos por intermedio de ésta, lo cual abre paso al supuesto de su PD[47]. Además, la Sentencia aclaró que una situación precaria, o el hecho de que pueda estar prácticamente destruida, no conllevan técnicamente a que se pueda ejercer PD de los accionistas.

Pero además, es posible el supuesto en que la nacionalidad de la sociedad es la del Estado lesionante y donde una parte de los accionistas sean nacionales de un tercer Estado. En este supuesto, si un Estado lesiona una compañía de su nacionalidad, entonces desaparece toda posibilidad de PD, ya que no podría ejercerla contra sí mismo, con lo cual se desecha la posibilidad de reclamaciones concurrentes[48].

4. ¿Pueden los Particulares Renunciar a la Protección Diplomática?: la Clausula Calvo y las Excepciones a la Regla del Agotamiento de los Recursos Internos

La llamada Cláusula "Calvo" toma el nombre del internacionalista argentino que la enunció en el siglo XIX y es una reacción contra la posibilidad de que Estados poderosos pudieran injerir en asuntos internos de países latinoamericanos bajo la excusa de proteger a sus nacionales, convirtiéndolos en "super ciudadanos". Según esta doctrina, las controversias relativas al trato de los extranjeros quedan bajo exclusiva competencia de la justicia doméstica. Varias constituciones latinoamericanas[49] han sintonizado esta doctrina.

El artículo 24 de la Constitución de Bolivia de 1967 señala que "Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan... apelar a reclamaciones diplomáticas". El artículo 14 de la Constitución del Ecuador de 1998 señala que "Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas... extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática". El artículo 63 de la Constitución de Perú de 1993 señala que "En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática". Por su parte, el artículo 27 de la Constitución de México dice que "sólo los mexicanos... y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas" y que "El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ... considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo". En el contexto del DI público, la eficacia de estos preceptos aparece discutible en tanto que los Estados, en quienes recae la titularidad del derecho de ejercicio de PD, no quedan obligados por los contratos celebrados por sus nacionales en el exterior. La CPJI en su Sentencia de 26 de julio de 1927 sobre el *Asunto Chorzow*[50], observó que toda renuncia a la PD por el particular es inoponible al Estado del que es nacional.

Una cuestión diferente pero a menudo confundida con lo que plantea la Cláusula "Calvo" es la recogida por otros textos constitucionales, imponiendo taxativamente la denegación de justicia como única excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. El artículo 29 de la Constitución de Guatemala 1985 señala que "Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en

47 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 41.

48 En este sentido, GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA "*Curso de Derecho internacional público*". Civitas. Madrid, 1998. Pág. 380; citando el *Asunto Tlahualilo* y el *Asunto El Aguila*.

49 El texto de las constituciones de los Estados que aquí se citan está disponible en la Base de Datos Políticos de las Américas, accesible desde la web http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/constudies.html

50 *Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A. Nº 8. Págs. 5 y ss.

caso de denegación de justicia" y que "deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas". El artículo 99 de la Constitución de El Salvador de 1983 señala que "los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expeditos". Como sabemos, el DI reconoce que la regla del agotamiento de los recursos internos tiene varias excepciones (Ítem 1.2.3). Si un Estado impusiera en su Derecho doméstico la denegación de justicia al particular como única excepción a la regla, ello no puede significar que los demás Estados se vean limitados u obligados a esta norma restrictiva.

En todo caso, entendidas las constituciones de los Estados como normas internas (de máximo rango), es bastante sabido que el Derecho interno de los Estados no podría servir de objeción para eludir la responsabilidad que acarrea una conducta ilícita frente a la cual el DI admite posibilidad de reclamación. Por ello la PD no podría ser renunciada por los particulares en la medida en que nadie puede renunciar a un derecho que no tiene y, si lo hace, tal renuncia carecería de relevancia jurídica, salvo que los Estados hayan pactado que esto sea jurídicamente posible. Esta afirmación se deduce de la jurisprudencia de la CPJI[51], de la CIJ[52] y decisiones arbitrales. Así, entre otros casos, en la aludida Sentencia sobre el *Asunto Mavrommatis*, que enfrentó a Grecia y Reino Unido, la CPJI precisó que "... no hay que plantearse si en la raíz del litigio existe una lesión a un interés privado, lo cual sucede en muchas diferencias entre Estados. Desde que un Estado asume la defensa de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, ésta reconoce como litigante sólo al Estado"[53]. Asimismo, la también aludida Sentencia sobre el *Asunto Barcelona Traction* señaló que los Estados poseen un poder discrecional sobre la PD, cuyo ejercicio puede depender de consideraciones de orden político "ajenas al asunto concreto"[54].

Sin embargo, la cláusula ha sido admitida en decisiones arbitrales de la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos como en la referidas al *Asunto North American Dredging Company* (1926)[55] y al *Asunto International Fisheries* (1931), donde aunque negándose la validez de la cláusula en cuestión para casos de reclamaciones que sean consecuencia de violaciones de principios y normas de DI, se vino a admitir que esta podría operar cuando la raíz de la reclamación fuere una cuestión contractual.

En cuanto a la operatividad de la cláusula cuando la controversia se origina en una cuestión contractual, el parecer antes aludido podría ser admitido si por renuncia a la PD de los particulares se entiende una *renuncia a solicitarla*[56]. No obstante, esto podría llevarnos a la ingenuidad de creer que si los particulares han renunciado a su derecho a solicitarla, ellos no podrían instarla fuera de mecanismos formales toda vez que podrían persuadir a sus Estados a ejercerla por medios que fácilmente podrían eludir la formalidad de la solicitud, como por ejemplo una petición hecha por los accionistas de la sociedad si tienen la misma nacionalidad que ésta (ya que como personas físicas independientes de la sociedad no quedan obligadas) o por una persuasión indirecta.

En conexión con lo aquí expuesto parece acertado, tanto para evitar un retorcido ejercicio de la PD como para impedir la arbitrariedad de los Estados con sociedades y personas físicas extranjeras, el marco de solución de controversias establecido en el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados[57]. El artículo 27.1 de este convenio señala que "Ningún Estado Contratante concederá PD ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último

51 Sentencia sobre el el *Asunto Railway Line Panevezys-Saldutiskis. Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A/B N° 76. Pág. 16.
52 Sentencia sobre el *Asunto Nottebohm. Recueil* CIJ. 1959. Pág. 24.
53 *Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE* A. N° 2. Pág. 12.
54 *Recueil* CIJ. 1970. Pág. 43.
55 *Recueil des Sentences Arbitrales.* IV. Págs. 28 y ss.
56 Por ejemplo, en este sentido SEARA VÁSQUEZ *"Derecho internacional público"*. Porrúa. México, 1998. Págs. 335.
57 Disponible en: http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicwas1.asp

Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo"[58]. Asimismo, la fórmula de renuncia al ejercicio de la PD por parte de quien puede ejercitarla viene siendo recogida en tratados bilaterales, como por ejemplo el Convenio de 30 de julio de 1993 entre Perú y Bolivia sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (artículo II)[59].

5. Conclusiones

En el estado actual del DI la PD es entendida como una discrecionalidad de los Estados. No obstante esta afirmación necesita de dos matizaciones. La primera es que no podría rechazarse la posibilidad de que bloques económicos regionales llegaran a ejercer PD con respecto de ciudadanos de Estados que han cedido la totalidad de competencias a estos entes en una materia determinada (como pesca en CCEE). La segunda matización es la que plantea el Relator DUGARD con respecto al derecho a favorecerse de la PD cuando la lesión provenga de la violación de una norma de *ius cogens*. En caso contrario, si el DI admitiera la PD como un derecho de los particulares frente a los Estados de los que son nacionales, la capacidad de manejo de las relaciones internacionales de los Estados sufriría una merma a favor de intereses corporativos o particulares que no siempre podrían estar en sintonía con los intereses del Estado. Ello no significa que el DI impida a los Estados *auto obligarse* a ejercer la PD en el marco de su Derecho interno en favor de sus nacionales[60]; ni que esté impedido a los Estados que prevean mecanismos de reparación de sus nacionales por daños sufridos por supuestos de no ejercicio de PD si el legislador y/o justicia domésticos así lo consideran.

Un cambio de criterio en el requisito de la nacionalidad efectiva para la PD de las personas físicas o en la regla de la continuidad de la nacionalidad, podrían significar la apertura de un clima de inseguridad jurídica en el DI, porque los afectados por un ilícito internacional podrían colocarse bajo la protección de un Estado poderoso[61] o interesado en tenerle como nacional. Y a los Estados se les podría abrir el camino para negociar con particulares la asunción de su PD hasta la aberración de aceptar naturalizaciones para utilizarlas como mero pretexto para ejercer presión sobre otros Estados o para iniciar negociaciones con éstos[62].

Retomando la posibilidad de que la PD pudiera ser ejercida por bloques de integración supranacional, a quienes los Estados han cedido competencias, en el Estado actual del DI público, la vía jurisdiccional escaparía de ser un medio de solución de controversias en tanto que la CIJ sólo tiene competencias contenciosas en relación a controversias entre Estados. Esto la presentaría como una PD limitada en medios y modos de ejercicio.

6. Referencia Complementaria

- AMERASINGHE *"Local Remedies in International Law"*. Grotius. Cambridge, 1990.
- CAFLISCH *"Corporations-Shareholder Suit-Belgian Nationality of Shareholders in Canadian Corporations Held Insufficient to Give Belgium Standing to Sue on Behalf of Those Shareholders in the International Court of Justice". New York University Journal of International Law and Politics.* 1970. Vol. 3. Nº 2. Pags. 391 y ss.
- DUBOIS *"La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant à la protection diplomátique"*.
- FITZMAURICE *"The Case of The I'm Alone". British Yearbook of International Law.* 1936. Vol. XVII. Pags. 82 y ss.
- FRANCESCAKIS *"Lueurs sur le Droit international des sociétés de capitaux: l'arrêt "Barcelona" de la Cour Internationale de Justice". Revue Critique de Droit International Privé.* 1970. T. LIX. Nº 4. Pags. 609 y ss.

58 El Art. 27.2 aclara que, a efectos del Art. 27.1, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

59 http://www.mcei.gov.bo/web_mcei/Utiles/conbolperu.htm

60 *Vid.* Art. 14 de la Constitución de Portugal, Art. 89 de la Constitución de China, Art. 18 de la Constitución de Filipinas.

61 En este sentido se pronunció BORCHARD, citado por GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA *"Curso..."*. Pág. 378.

62 Téngase en cuenta el Código de Conducta para Empresas Transnacionales de 1978 aprobado por la Asamblea General de la OEA, donde se señala que las compañías no deben servir de instrumento para la política exterior de los países.

- JIMÉNEZ PIERNAS *"La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea". Revista de Instituciones Comunitarias.* Vol. 20. Nº 1. Págs. 9 y ss.
- MANOVIL*"Grupos de sociedades en el Derecho comparado".* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.
- REMIRO BROTÓNS *"Derecho internacional".* Mc Graw Hill. Madrid, 1997.
- SALMON *"Des mains propes comme condition de recevabilité des réclamations internationales". Annuaire Français de Droit International.* 1964. Vol. X. Pags. 225 y ss.
- SHEA *"The Calvo Clause, a Problem of Inter-american and International Law and Diplomacy".* University of Minnesota Press. Minneapolis, 1955.
- STAKER *"Diplomatic Protection of Private Businnes Companies Determining Corporate Personality for International Law". International & Comparative Law Quaterly.* 1990. Pags. 155 y ss.
- STERN *"La protection diplomatique des investissements internationaux". JDI.* 1990. Nº 4. Pags. 897 y ss.
- VISHER *"La protection diplomatique des personnes morales". Recueil of Courses of The Hague Acedemy of International Law.* 1961. T. 102. Pags. 395 y ss.
- VVAA *"El Caso de la Barcelona Traction ante el Tribunal Internacional de Justicia".* Madrid, 1971 (contiene la sentencia en español).
- WYLER *"La règle de la continuité de nationalité dans le contentieux international".* PUF-IUHEI. Ginebra, 1990.

"NUNCA LLEGA TAN ALTO EL HOMBRE COMO CUANDO NO SABE A DÓNDE VA."

(Oliver Cromwell)

"EL MUNDO NO HA TENIDO NUNCA UNA ACERTADA DEFINICIÓN DE LA PALABRA LIBERTAD, Y JUSTAMENTE AHORA EL PUEBLO AMERICANO NECESITA MUCHO UNA. TODOS NOS PRONUNCIAMOS POR LA LIBERTAD, PERO CUANDO USAMOS LA MISMA PALABRA NO LE DAMOS IDÉNTICO SIGNIFICADO...EXISTEN DOS COSAS, NO SOLAMENTE DIFERENTES, SINO INCOMPATIBLES, QUE DESIGNAMOS CON EL TÉRMINO 'LIBERTAD'."

(Abraham Lincoln)

DRA. NORMA RODRÍGUEZ DE DENGO[1]

El Derecho Consuetudinario

La vida social depende de la capacidad de la gente para seguir normas que los guíen en sus actividades cotidianas. Las normas por sí mismas, en situaciones usuales, constituyen un denominador común de valores y prácticas compartidas por los miembros de esa sociedad. Pueden ser enumeradas de manera diferente según su origen, por medio, por ejemplo, de la legislación, de los precedentes judiciales o por el reconocimiento general y la aceptación de normas de conducta derivadas del orden natural.

La forma habitual hoy de dar expresión concreta a la mayoría de las normas es a través de la legislación positiva y de sus órganos jurídicos. Secundariamente por el reconocimiento de las costumbres y prácticas predominantes. Estas son las situaciones en las cuales existen normas cuya obligatoriedad y fuerte naturaleza persuasiva son respetadas sin el proceso formal del legislativo o de los tribunales u otros órganos del Estado.

Aunque una de las características del Estado es su poder de legislar, a pesar de la extensión de su poder, o de su soberanía, siempre habrá patrones de conducta extralegales, siempre habrá individuos que responderán a demandas obligatorias y que surgen de compromisos no sancionados por la autoridad pública, siempre habrá interacciones que serán determinadas y disputas que serán resueltas directamente desde la vida de los individuos y la realidad de su sociedad. No se puede comprender ningún sistema jurídico de la sociedad sin tener en cuenta esas estructuras normativas que existen en su entorno y poseen, para algunos de los ciudadanos, una fuerza obligatoria en conciencia.

Existe un creciente reconocimiento jurisprudencial de esta situación y varios autores, cuyas teorías expondremos más adelante, han tratado de incorporar a su marco teórico una descripción de este proceso. Estos juristas han tenido una influencia opuesta a las teorías del positivismo jurídico que ha dominado por tanto tiempo la filosofía del derecho y que insiste en el formalismo, la certeza jurídica, la soberanía del pueblo y la unidad de sus fuentes.

El concepto de los positivistas que afirma "que la única fuente del Derecho es el Estado", nos llevaría a la conclusión lógica de que antes de que surgiera el Estado no existía el Derecho. La historia de la civilización y del derecho nos ha mostrado que mucho antes del surgimiento del Estado tal como hoy lo conocemos, los hombres vivían en sociedad bajo otra clase de organizaciones sociopolíticas; sociedades tribales, grupos nómadas, sistema feudal, etc. En todas estas sociedades existía el derecho como costumbre.

---

1 Licenciada en Filosofía, egresada de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Doctora en Derecho, egresada de la Universidad Francisco Marroquín. Capacitación Humanística de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Profesora de Filosofía en Educación Media, egresada de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1975-1980: Catedrática en la Universidad Rafael Landívar de los cursos: Antropología Filosófica y Administración a través del Recurso Humano.1980-1935: Catedrática en la Universidad del Valle de las materias: Introducción a la Filosofía y Antropología Filosófica. 1977-1992: Catedrática en la Universidad de San Carlos de Guatemala de los cursos: Introducción a la Filosofía, Ética Kantiana, Teoría del Conocimiento, Pensamiento Político y Curso monográfico de Platón, Aristóteles, Descartes, Leibniz, Locke, Hume. 1992 a la fecha: Catedrática en la Universidad Francisco Marroquín de los siguientes cursos: Pensamiento Político I y II, Filosofía Social de Hayek y Filosofía de Von Misses; Directora de Formación General de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín y catedrática residente.

El estudio histórico del derecho, partiendo de la Roma primitiva, muestra lo contrario de la posición positivista. Hoy sabemos que el derecho no ha esperado al legislador, sino que ha existido desde los tiempos más remotos como costumbre. O sea que puede haber orden social sin una mente ordenadora.

El derecho, como lo afirma Ihering en su obra **El espíritu del Derecho Romano,** "nace ligado a la justicia privada que antecede al Estado y al legislador"[2].

El hombre es sujeto de derecho como hombre y no sólo como ciudadano. En la Roma primitiva vemos cómo este derecho natural se manifiesta en la defensa privada. Toda persona que considere que su derecho ha sido mancillado, empleará la fuerza personal y la de sus allegados, parientes o miembros del grupo, para lograr su reivindicación. Si la reivindicación no se le concede, al menos calma su sed de venganza. "Tales son los contornos del brutal sentimiento jurídico de los romanos o sus antecesores, olvidado apenas desenvuelto, aunque siempre lo conservaron, si bien, en forma más refinada y noble. El mundo pertenece a la fuerza individual, porque cada cual lleva en sí mismo el fundamento de su derecho y debe defenderlo: tal es la síntesis de las ideas de la Roma antigua sobre la vida privada".[3]

La preponderancia de la fuerza física se inclinaba regularmente del lado del que tenía razón. Un ultraje al derecho no alcanzaba sólo al individuo aislado, sino que despierta esa postura en todos los demás individuos. Cuando no existía un órgano constituido para el efecto y aunque no hubiere juez para llamar al delincuente a rendir cuenta de su culpa y para aplicarle la pena, ésta no dejará, sin embargo, de alcanzar al culpable porque la justicia del pueblo es la que impele a respetar la moral ofendida del pueblo. Únicamente cuando el derecho del uno y la injusticia del otro aparecían clarísimos era cuando la defensa privada podía estar segura del socorro moral y físico de la comunidad que garantizaba su resultado y consagraba en cierto modo su carácter como institución jurídica.

"Esta distinción entre el derecho o la injusticia contestable o incontestable ejerce por doquier en el origen del desenvolvimiento del derecho una influencia reguladora sobre su formación. A medida que pierde su importancia el derecho, progresa esta distinción, pero está tan profundamente impresa en el derecho y en el procedimiento antiguo de Roma, que se la puede designar como la idea fundamental que caracteriza toda la obra arquitectónica del sistema antiguo".[4]

La venganza del ofendido aparece sancionada en la ley de las XII Tablas. En ellas aparece la pena del talión para las lesiones corporales; el deudor y el ladrón quedan privados de su libertad, y en caso del concurso de acreedores el deudor hasta podría ser cortado en pedazos.

Pero el ejercicio efectivo de la venganza se evita por medio de un rescate que lo sustituye. La pena privada ***paena*** de la pena posterior no es otra cosa que la fijación de este rescate. Si los usos habían establecido algunos tipos generales para determinar la fijación del arreglo, según la diversidad de los delitos, por ejemplo, el cuádruplo o el duplo del daño, o un cierto número de bueyes o de carneros, nadie hubiera osado separarse mucho de ese tipo por temor de excitar la opinión pública contra su persona. El arreglo que se llevaba a cabo ente las dos partes en conflicto se llamaba ***paccre, pacsci, depeisce*** y el acuerdo final se llamaba ***paetum***.

En su origen, para una multitud de delitos, el pacto estaba completamente en manos de los particulares, pero posteriormente la autoridad (el juez) se ocupó de él. El juez fijaba por sí mismo el importe. Los usos guiaban al juez en este camino para que estableciera una tarifa fija. La ley de las XII Tablas prescribía ya sumas o bienes determinados para ciertos delitos. La opinión pública y las costumbres no eran menos influyentes.

En los párrafos anteriores se puede apreciar cómo el derecho individual evoluciona y pasa de lo que podríamos denominar "el derecho de venganza privada" a un derecho jurisprudencial. (pretores)

2 Ihering, Ob.cit. pág.91
3 Ihering, Ob.cit. pág. 90
4 Ihering, Ob.cit. pág. 90

La costumbre. El viejo *ius civile* descansa en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición. Los *mores, o mores maiorum*, dan vida al nuevo ordenamiento, que la *interpretatio* jurisprudencial desenvuelve y adapta a las nuevas exigencias.

Lex, en sentido técnico es una declaración pública normativa que descansa en un acuerdo Esa *lex* puede ser de Derecho privado o público.

Lex por antonomasia es la *lex* pública, definida por Capitón como *generale usum populi, rogante magistratu* (mandato general del pueblo, a propuesta del magistrado.) La *lex* pública nace por un convenio, a la manera de la *lex privata*. (La ley es precepto común, convención de la República).

Propuesta la lex *–lex rogata-* por el magistrado que presidía la asamblea comicial, el pueblo, en ésta representado, la acepta. Tras la aprobación de la de la lex por los comicios, viene el refrenado del Senado. *–patrum auctoritas–*.

Contra lo que pudiera creerse, la actividad legislativa no era en Roma abundante. Fueron pocas las ocasiones en que la ley penetraba en la esfera del Derecho privado, y no menos ocurre esto en la época republicana que en la época anterior. La actividad legislativa atañe, de modo fundamental, a materias de Derecho público.

Plebiscito *–pleviscitum–* es la deliberación de la plebe en su asamblea *–concilium plevis–*. Tal como lo define Gayo (i,s3) *plebiscito es quod plebs iubet ataque constiuit*. (Plebiscito es lo que la plebe ordena y establece).

Senadoconsultos. Por largo tiempo el Senado no ejerce función legislativa, aún cuando influye con su *auctoritas -auctoritas atrum–* en la formación de las leyes comiciales. La función legislativa tuvo su punto de arranque en los tiempos del principado. Aunque, en rigor, el Senado de esta época no hacía otra cosa que servir, en forzada colaboración, a las directrices del emperador y, por otra parte, sólo se pronunciaba en cuestiones de Derecho privado, cuando así lo aconsejaban razones superiores. De modo concreto, siempre que fuera menester corregir defectos sociales del ordenamiento, o sea precisar la ineficacia de la doctrina y de la práctica para adecuar el Derecho privado a las justas demandas del sentimiento jurídico.

El príncipe se erigió en mentor o guía de la deliberación del Senado. La propuesta del príncipe da vida a la decisión del Senado. Bajo el Imperio, las decisiones del Senado desaparecen por completo al igual que la maravillosa obra jurisprudencial.

Constitución Imperial. Bajo el Principado y, sobre todo, en tiempos del Imperio absoluto, la constitución imperial se convirtió en fuente primaria y casi única del Derecho. Al decir de Ulpiano, lo que plagó al príncipe tiene fuerza de ley. Por su parte, y el emperador Justiniano afirma que sólo el emperador será justamente reconocido como único legislador e intérprete de la ley. Es de advertir que sólo en épocas muy adelantadas –a partir del siglo III– afecta en términos de cierta importancia a la órbita privada.

Derecho público y privado. El Derecho público se refiere a la cosa pública lo que atañe a la comunidad ciudadana, a la civitas, al Estado. El Derecho público es el Derecho emanado de los órganos estatales por los magistrados que tienen *imperium* tales como el Senado y los Cónsules. El Derecho público es el Derecho referente a la estructura, a la actividad, la organización y el funcionamiento del *rei Romanae*. El Derecho civil, en cambio, emana, como ya se señaló, de la costumbre, y es un Derecho eminentemente jurisprudencial.

Las normas que integran el Derecho privado se formulan por medio de *ius edicendi* de los pretores, que es la facultad que tiene todo magistrado de dirigirse al pueblo, de palabra o por escrito. La facultad se expresa en el *edictum*, que es un programa de acción. El pretor –el urbano o el peregrino– los *ediles curules* y, en las provincias los gobernadores y los cuestores, fijan en el *edictum* las normas a las que se han de atener durante el ejercicio de su función.

El edicto vigente por el año del cargo del magistrado se llama *perpetum*, en tanto que se llama *traslaticium* el que se traslada igual de un año a otro, como traspasado del magistrado antecesor. El magistrado no tenía que ajustarse férreamente al programa anual por él fijado, sino que podía proveer según lo

requirieran las circunstancias especiales, en el conocimiento y providencias del caso concreto. *–edicto repentinum–* Entre todos los edictos, el del pretor es de singular importancia, pues asume la tarea de ayudar, suplir o corregir al ***ius civile*** y por vía procesal, sobre todo, da actuación a una nueva formación jurídica que nutre y vigoriza al sistema tradicional. Existen dos clases de pretores, el denominado ***praetor urbanu***, que administra justicia en la ciudad de Roma y el ***praetor peregrinus*** que administra justicia en las otras ciudades del Imperio Romano.

Otra figura de gran importancia en el Derecho durante la República es el jurista *–iuris prudence–*. El papel que desempeña el jurista es el de revelar el Derecho en el sistema cardinal del Derecho civil, acomodándolo a las exigencias vitales de cada momento.

Del Derecho romano surgen las dos grandes columnas sobre las cuales se han edificado los dos principales sistemas del mundo occidental: El derecho consuetudinario y el positivismo jurídico. Desde sus orígenes hasta el surgimiento del imperio, los ***mores,*** las costumbres y la tradición fueron la fuente de donde brotó todo el edificio del Derecho civil. Con el surgimiento del Imperio romano, podemos presenciar el nacimiento del concepto que tanta influencia ha tenido en el desarrollo del Derecho en el mundo occidental; el Derecho de Estado. Pero, el concepto del "Derecho de Estado" está perdiendo terreno ante la influencia de nuevas escuelas y metodologías que, en su marco teórico, le dan gran importancia a la costumbre y a la tradición como fuentes principales en la formación del Derecho civil.

El Realismo, la escuela Histórica y la Sociológica se encuentran entre las escuelas que ven en las costumbres la fuente principal del Derecho. En los párrafos anteriores vimos cómo evoluciona el derecho individual hacía un sistema jurisprudencial.

Holmes, Savigny e Ihering hablan del "derecho vivo" para describir la forma en que la mayor parte de las obligaciones están determinadas por el comportamiento consensuado, y no necesariamente por un decreto de la autoridad. Estas tendencias son muy marcadas en los países que condonan el derecho consuetudinario, con énfasis en la importancia del papel que juegan los precedentes, aunque estrictamente definida por los fallos de los jueces. La costumbre debería, idealmente, surgir de los pueblos con el trabajo de los jueces de descubrir con su razón los sentimientos y deseos de la comunidad, siendo la sentencia una consecuencia lógica del ***consensus*** que continuamente moldea el derecho, para posible aplicación a futuras situaciones. Se oponen tanto al formalismo kelseniano como a la teoría de Austin quienes definieron el derecho estrictamente como el conjunto de mandatos del soberano puesto por escrito.

En sus inicios, fueron las costumbres las que formaron las bases del derecho consuetudinario en todas partes, y no fue sino gradualmente que las decisiones de un órgano del Estado, por ejemplo, del Parlamento (inglés) fueron reconocidas como una parte importante de la ley positiva. En efecto, el papel originario del Parlamento fue el de un cuerpo asesor (similar al Parlamento Europeo de hoy), que tenía una función judicial significativamente paralela a su capacidad legislativa. Charles McIlwain, en su estudio del Parlamento británico, señala, "que hasta el siglo XVII finales, la función legislativa del Parlamento tenía un aporte periférico: Su función más importante no era la de hacer leyes sino declararlas, un papel, por tanto, más judicial que legislativo".[5]

Pero a pesar de que el Parlamento cada vez legislaba más, la estructura original y la cultura permanecieron, en la mayor parte, con la permanencia de los tribunales y su papel de interpretación.

La costumbre ha sido siempre y en todas partes, una importante fuente del Derecho, e incluso en el sistema jurídico del presente positivista o no.

El juez Oliver Wendel Holmes en las primeras páginas de su obra ***The Common Law*** afirma: "La vida del derecho no ha sigo lógica, sino la experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas, las instituciones de política pública reconocidas o inconscientes, aún los prejuicios de los

5 Sheleff, León. Customary Law and Legal Pluralism, pág.14.

jueces compartidos con sus contemporáneos han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las leyes que deberían gobernar a los hombres. Las costumbres, creencias o necesidades de un tiempo primitivo establecen una norma o una forma. A través de los siglos la costumbre, la creencia cambia pero la norma se adapta a las nuevas razones que han sido encontradas para ella. Las viejas formas reciben un contenido nuevo, con el tiempo aún la forma se modifica para calzar con el sentido recibido".[6]

Cuando el juez Holmes afirma que "la vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia" se refiere, principalmente, al razonamiento deductivo, en el cual los conceptos jurídicos a prior establecen la premisa mayor, el caso concreto la premisa menor y, por la misma característica del razonamiento lógico deductivo, la conclusión de ese razonamiento se convierte en justicia. Por lo tanto, lo que rechaza Holmes es la idea de que se parta de conceptos jurídicos abstractos elaborados exclusivamente por el jurista en su gabinete, sin tomar en cuenta la experiencia.

De la misma forma Savigny e Ihering no están en contra de los conceptos, siempre y cuando éstos se formen inductivamente tomando en cuenta que el Derecho no está dado de una vez por todas, como lo afirma el formalismo kelseneano, sino que obedece, al igual que las costumbres, los hábitos, la moral y las necesidades sentidas por el pueblo, a un proceso evolutivo. Por lo tanto, no es la lógica la que le da vida al derecho sino que, como dice Savigny, es la conciencia jurídica del pueblo.

Savigny es considerado como el verdadero fundador de la Escuela Histórica. Según esta escuela, no se da ninguna existencia humana completamente individual y separada. Los miembros de una sociedad dada no sólo tienen una continua interacción entre ellos, sino que están ligados a su pasado, heredan las costumbres, las normas morales, los sentimientos, las creencias, y en resumen están formados por su presente y por todo un legado de tradiciones que se han ido formando a lo largo de la historia, en especial, de la historia de su pueblo. Así pues, dice Savigny, "Cada individuo, no sólo ha de ser considerado como tal, sino como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado".

Cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas, cada edad no crea arbitrariamente y por sí su propia vida sino en indisoluble comunidad con el pasado y de reconocer en sí algo dado ya, lo cual es necesario y libre, ya que no es impuesto por una voluntad ajena. "...Y esto que se predica de la realidad presente, de lo actualmente dado, se predica asimismo de la realidad histórica. Cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas... De ahí que la historia no sea mera colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio pasado. No se trata, por consiguiente, de que contemplando lo acaecido, nos sea dable decidirnos por lo bueno y rechazar lo malo. No; su poder es mayor. Resulta completamente imposible rechazar lo existente, que nos domina de manera fatal, de suerte que, aunque podamos hacernos ilusiones sobre ello no podemos evitarlo".[7]

Trasladando esta visión de conjunto a la materia jurídica, se nos presenta lo siguiente: las concepciones antihistoricistas entienden que el derecho puede ser creado en cada época por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados.

La Escuela Histórica, en cambio, estima que la materia del derecho está dada por el pasado de la nación; no sin embargo, de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra creada accidentalmente, sino procediendo de la íntima esencia de la nación y su historia *"geist"*. Es decir, el derecho es fruto de una ininterrumpida tradición, exponente de la vida, en su doble y elemental dimensión de espacio –un pueblo y tiempo el pasado–. La propia creencia en la continuidad histórica lo confirma. Cada época habrá de cuidar de mantener fresca y rejuvenecida esa materia jurídica nacida en virtud de una necesidad interna. Por eso, Savigny

6 Holmes. O.W. The Common Law, pág. 1
7 Savigny, Sobre el fin de la revista de la Escuela Histórica, Ob. cit., pág. 13

haciendo eco, sin duda de críticas que le habían dirigido en tal sentido, advierte "Cómo pretender que la ciencia, mirada desde el punto de vista histórico, establece la forma antigua del derecho como tipo absoluto e inmutable para el presente y el porvenir, es desfigurar de una manera absoluta dicho punto de vista, cuyo verdadero sentido lleva, por el contrario, a reconocer el mérito y la independencia de cada siglo, tratando, sobre todo, de alcanzar el lazo vivo que liga el presente con el pasado".[8]

Se puede apreciar en la tesis de la Escuela Histórica y el concepto del derecho de Savigny un punto de vista opuesto al de la Escuela Racionalista francesa, para la cual el derecho es creación del poder omnímodo del legislador en cuanto le es dado transformar la razón en ley escrita e igual para todos, la verdadera causa del código. El Estado, el legislador todo lo pueden, se proponen hacer ciudadanos felices, arrancar al hombre del viejo orden que se ha de derrocar e insertarle un orden nuevo que le confiera sus derechos y sus libertades. Como dijera Gany en su obra **Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.** Dominados, fascinados por los resultados de la codificación, los comentaristas modernos franceses, implícitamente al menos, han aceptado a título de postulado la idea de que la legislación formal, es decir, el conjunto de actos legislativos promulgados y vigentes en Francia, deben bastar para poner de manifiesto cuantas reglas jurídicas requieren en materia de Derecho privado las necesidades de la vida social.

Para Savigny el Derecho no es dado de una vez por todas, sino que está en unísono con la evolución histórica. El Derecho es fruto de una ininterrumpida tradición exponente de la vida. El Derecho es como el elan vital de Bergson, que atraviesa las instituciones dándoles nueva vida, conservando lo que sigue vigente y creando nuevas modalidades de acuerdo con las manifestaciones vitales del pueblo y la nación. "Pudiera creerse, escribe Savigny, que el azar, las circunstancias o la sabiduría pueden crear el derecho de una manera diferente, según la influencia que a su creación presida. Pero esta suposición cae ante un hecho incontestable: que siempre que la existencia de un derecho se revela a la inteligencia humana, aparece sometido a una regla preexistente".[9] "El pueblo, la conciencia jurídica popular, es el origen, la base sobre la que descansa la realidad del derecho positivo, cabe pues, llamarle *derecho del pueblo.* Este se halla integrado por individuos. Mas no ha de pensarse que tales individuos hayan creado el derecho arbitrariamente, en ese caso, sería lo verosímil que hubiesen creado una multitud de derechos diferentes. El derecho positivo sale de ese espíritu general que anima a todos los miembros de una nación; la unidad de derecho se revela necesariamente a su conciencia y no es producto de la casualidad".[10]

Y en apoyo de su tesis aduce Savigny, "de una parte, que al comenzarse la historia fundada en documentos se encuentra en todo los pueblos un derecho ya existente; de otra parte, el reconocimiento unánime, el sentimiento de necesidad que acompaña a toda manifestación del derecho, como lo prueba la antigua creencia que le atribuye un origen divino, lo cual implica la negación más rotunda de la intervención del accidente y voluntad humana; y de otra parte, en fin, la analogía que presentan muchos elementos característicos de cada pueblo, los usos de vida común y, sobre todo, la lengua, cuyo origen se oculta más allá de los tiempos históricos. De igual manera que ésta no es creación arbitraria, tampoco lo es el derecho, son entidades del mismo rango. **En la evocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**, fuente la más pura y primaria del historicismo, Savigny afirma de una manera rotunda "En todas las naciones cuya historia no ofrece duda vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas manifestaciones no tienen, en verdad, una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas de actividades del pueblo, indisolublemente legadas, y que sólo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de las necesidades internas".[11]

8 Savigny, Ob. cit. pág. 29
9 Savigny, Ob. cit. pág. 30
10 Sistsema de derecho romano actual. Trad. De Messía y ley, 11878, pág. 29.
11 Savigny, En la evocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho, pág. 23.

Savgny ha designado a este todo histórico como fuente última del derecho. Todas las opiniones de Savigny derivan de una consideración fundamental que no se refiere a un contenido jurídico específico sino que, abstracción hecha del mismo, trata de poner de manifiesto el verdadero origen del derecho.

Para Savigny y la Escuela Histórica, el derecho hay que contemplarlo, no sólo en conexión con un determinado pueblo, sino en relación con un tiempo determinado. Tanto el uno como el otro se desarrollan en su seno. El tiempo manifiesta su influjo sobre el derecho en dos sentidos totalmente distintos. El pueblo aumenta la fuerza del derecho. Una idea jurídica recibida y aceptada por un pueblo, se arraiga cada día más; se desenvuelve por la aplicación de usos concretos y la internalización de normas del derecho que existían al comienzo en germen, y tomaban después una forma determinada.

Además, y esto es lo que ofrece como relieve, en el transcurso del tiempo modifica y transforma el derecho.

La vida de los pueblos, de igual manera que la vida de los individuos, lejos de permanecer estacionaria, se ve sometida a las mismas necesidades y termina por ser igualmente independiente del acaso y de las voluntades individuales.

Estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen a un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de manera especial con las otras diversas manifestaciones del espíritu, ***Geist*** en el seno del cual el derecho nace.

Se infiere de lo expuesto que el derecho no surge del Estado, porque éste presupone ya la existencia jurídica de la costumbre, cuya protección es su fin. El derecho antecede al Estado; siendo éste, un complemento necesario de aquél. Se deduce de lo expuesto por Savigny su oposición a la Codificación, pues ésta, primero, convierte el derecho en una manifestación de la voluntad del legislador, y segundo, le da al derecho un sentido estático y universal que niega, en principio, tanto la evolución del mismo como su fuente principal que son las costumbres.

Con esta concepción del origen y desarrollo del derecho como uno de los aspectos de la vida de un pueblo, y como expresión necesaria e irreflexiva de su conciencia jurídica, la Escuela Histórica, y por ende la concepción de Savigny, valoriza, en una forma racional bien fundamentada, el derecho consuetudinario.

Ihering

Al analizar, tanto la teoría de Savigny como la de Ihering, encontramos en las dos teorías una gran similitud en lo que se refiere a las fuentes del derecho.

Ambos afirman que la fuente primigenia del derecho son las costumbres, los hábitos, la satisfacción regulada de las necesidades de la vida. Para Savigny "la conciencia jurídica popular es el origen, la base sobre la que descansa la realidad del Derecho positivo".

Según Ihering "el espíritu del pueblo y de la época es el espíritu del derecho".[12] "En todas las instituciones jurídicas, afirma pueden descubrirse, con evidencia, ciertas aspiraciones "nacionales" fundamentales, de las que el pueblo, si bien nunca ha tenido una conciencia explícita, ha tenido sin embargo, sentimiento".[13]

Ambos rechazan el formalismo jurídico, pues el derecho no es estático, no se ha dado de una vez por todas, sino que sufre el mismo proceso evolutivo de la sociedad, del pueblo de donde surge.

Como ya se señaló, se oponen al conceptualismo basado en conceptos hechos a priori, abstractos, divorciados de la realidad y la experiencia.

El conocimiento jurídico, afirma Ihering, no es más que la combinación de "expresar el resultado de las ideas adquiridas, o formular el derecho, tal es el fruto de esa actividad aplicada al conocimiento jurídico; actividad que en parte es la obra del pueblo, que traduce en forma de adagios las leyes que ha encontrado en la práctica; en parte también la obra del legislador que

12 Ihering, El espíritu del pueblo romano. Tomo 1, pág. 33.
13 Ihering, Ob. cit, pág. 34.

expresa y sanciona el derecho que existe ya bajo la forma de sentimientos o derecho consuetudinario, y finalmente de la doctrina y de la práctica, que estudian y dan a conocer las disposiciones y consecuencias del derecho vigente".[14] O sea, que el legislador a la hora de hacer debe tomar en cuenta el derecho consuetudinario. De donde se deduce, al igual que lo expresado por Hayek, que el derecho se descubre, no es creado por la voluntad del legislador.

Las costumbres que llegan a formar el derecho consuetudinario son aquellas pautas de conducta que los miembros de una sociedad aceptan como buenas, que permiten no sólo la convivencia pacífica sino poder prever, dentro de aun alto grado de probabilidad, el comportamiento de los demás.

En la sociedad existen dos clases de órdenes: el orden moral, y el orden jurídico. Las normas que constituyen el orden moral, tienen, como fundamento, principios éticos universalmente e aceptados por la gran mayoría de los hombres. El individuo siente la obligación moral de cumplir con los deberes que esas normas le dictan.

Al afirmar Ihering "que en parte, la obra del legislador que expresa y sanciona el derecho que existe ya bajo la forma de sentimientos o derecho consuetudinario", está dejando entrever la aceptación de una cierta relación entre el Derecho positivo y la moral. El siguiente dato que señala Ihering del Derecho romano es un claro ejemplo de la relación entre lo jurídico y el sentimiento moral del pueblo. Sentimiento que está enraizado en la convicción de lo que es bueno moralmente, y que como tal, guía la acción del ciudadano y se convierte en una práctica consuetudinaria. El pater familia en Roma tenía el derecho de disponer de los bienes y de la vida tanto de los esclavos, como de la mujer e hijos desde el punto de vista jurídico. Pero en la práctica, aunque jurídicamente tuviera este derecho, rarísima vez lo empleaba, pues de hacerlo, sería moralmente sancionado por el pueblo. Otro ejemplo de la fuerza de la costumbre sobre lo jurídico es la relación con el cliente. Jurídicamente, el patrón tenía derecho sobre la fortuna del cliente, pero la costumbre ponía restricciones obligando a conservar el cliente intacta toda la independencia de hecho que debía exigir según la tradición, o en virtud del convenio celebrado, obligando al patrón a no considerar como suya la fortuna del cliente.

La relación que establece Ihering entre la moral y la ley escrita queda claramente expuesta en esta afirmación. "La ley es siempre la expresión del derecho. Mucho más sencillo para el espíritu romano era que la reflexión y la conciencia dotasen de forma al mundo moral, o cuando menos que tradujeran los principios que de él existían en forma de leyes".[15]

Para Ihering, las costumbres son el correlativo espontáneo de la libertad, "y allí donde no estén sólidamente desenvueltas y bien organizadas, allí donde la opinión pública no sabe exigir como punto de honor el uso digno de la libertad y el modo de imponerla, la libertad no prospera".[16]

"NUESTRO CARÁCTER ES EL RESULTADO DE NUESTRA CONDUCTA."

(Aristóteles)

14 Ihering, Ob. cit., pág. 20.
15 Ihering, Ob. cit., pág. 169.
16 Ihering, Ob. cit., pág. 282.

LIC. RICARDO ALFONSO UMAÑA ARAGÓN[1]

Introducción a la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Tuve el honor de participar en las discusiones de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VI) de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada en Washington, DC, en Febrero del 2002, que entre otras materias trató sobre la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias, por haber sido designado jefe de la delegación guatemalteca, en forma conjunta con el fino amigo y colega Guillermo Sáenz de Tejada. A raíz de tal actividad he creído conveniente colaborar por este medio con la difusión de su conocimiento y propiciar así una discusión jurídica amplia, que, en su debida oportunidad, pueda concluir en su adopción por Guatemala, cuando menos en sus aspectos esenciales.

La Ley Modelo de Garantías Reales Mobiliarias, a la cual me referiré sólo como la Ley Modelo, se discutió con anticipación por varias comisiones, y se analizó y aprobó en la referida Conferencia, en sus textos inglés y español. Como Ley Modelo que es, no pretende que los países de la OEA la adopten tal y como fue aprobada, sino que sirva de base para una adaptación de su contenido a la terminología y sistema jurídico en general, de cada país, guardando en todo caso los principios básicos, que iré citando en esta exposición.

La necesidad de adecuar o adaptar el sistema local se hace evidente si se toma en cuenta el lenguaje, por decirlo así, alambicado, que utiliza el texto español. Aparentemente se trabajó de primero en el texto inglés, por supuesto siguiendo la tradición y terminología anglosajona que se fue traduciendo al español por las comisiones que prepararon el proyecto discutido posteriormente en el seno de la CIDIP VI. Sólo así puede explicarse la redacción empleada y especialmente la terminología vertida en el texto, alejada de la fraseología a que estamos acostumbrados quienes nos nutrimos del Derecho Romano, luego del Derecho Francés, y en general del sistema denominado "continental".

La globalización, con sus cualidades y sus defectos, con las expectativas que genera y los miedos que infunde, es una actualidad "viviente", vale decir que ha nacido y se está desarrollando, a nivel mundial. Guatemala no puede, o mejor dicho no debe, aislarse de ese movimiento universal, debe adaptarse, actualizarse y obtener el mejor provecho posible para el beneficio de su sociedad. Las operaciones mercantiles no han obedecido fronteras, su tendencia siempre ha sido trascender de las mismas y, especialmente a finales del siglo pasado y lo poco que va del presente, se ha dado un hiper salto en el que las operaciones cada vez se internacionalizan más. La Organización Mundial del Comercio y la creación de normas que en esa rama obligan cada vez a un número mayor de países es un claro ejemplo. El derecho siempre ha seguido y continuará siguiendo esos pasos, es decir, actualizándose y regulando lo que el hombre va creando.

Esta tendencia no se limita a la tradicional venta internacional con el uso de las cartas de crédito, avanza ahora a ramas insospechadas hasta ahora, siendo uno de los ejemplos el de las garantías mobiliarias.

---

1 Abogado y Notario, graduado de la Universidad de San Carlos de Guatemala; Master en Derecho Comparado, New York University; "Legal training" en la oficina de abogados Dewey, Ballantine, Bushby, Palmer & Wood de New York; Ex-catedrático en las áreas de derecho civil y mercantil en las Facultades de Derecho de las Universidades de San Carlos, Rafael Landívar y Francisco Marroquín; Ex asesor jurídico de los Ministerios de Comunicaciones y Finanzas; Ex presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados; Ex consejero de Estado; Ex vicepresidente del Consejo de Estado; Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia; Ex presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial; miembro actual de la firma de abogados "Umaña & Asociados".

Hechas estas aclaraciones que, insisto, van dirigidas a que en su oportunidad, al ser recogida la Ley Modelo por nuestra legislación, se realicen los cambios necesarios a la legislación actual y se utilice el lenguaje más apropiado para nuestro medio, presento un breve resumen de la finalidad de la Ley Modelo, de las novedades del sistema propuesto y de sus principales aspectos.

En Guatemala hemos tenido un sistema de garantías reales tradicional, básicamente de hipoteca inmobiliaria y prenda de bienes muebles con desplazamiento. Nuestro actual Código Civil avanzó recogiendo la prenda sin desplazamiento, y por supuesto ha existido la prenda de títulos de crédito y otras figuras. También fue un avance la inscripción de bienes muebles en el Registro de la Propiedad, aunque muy deficiente en su funcionamiento. La Ley Modelo pretende salir de ese esquema cerrado y crear una libertad total en cuanto a garantías reales mobiliarias, limitada sólo por la imaginación de los comerciantes, aparte de los tipos específicamente tratados en ella.

En efecto, el proyecto establece en su artículo primero que la ley tiene por objeto "regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o indeterminadas", y el artículo segundo que dichas garantías "...pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corpóreos o incorpóreos, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación y sin importar quién sea el titular de la propiedad."

La internacionalización de las operaciones, en el área a que se refiere la Ley Modelo y que ella persigue, permitiría que un banco salvadoreño, con mejores tasas de interés que los locales financien a un comerciante guatemalteco que desea importar de aquel país, conservando una garantía real sobre la mercadería, que se inscribiría en el registro respectivo guatemalteco y que podría consultarse por medios electrónicos.

De los dos artículos transcritos y de su texto general, podrá concluirse que la Ley Modelo, si bien deja abierta la puerta para establecer especies variadas de garantías, cita en su texto las principales: posesoria, no posesoria, de bienes presentes, de bienes futuros, de financiadores para la adquisición de bienes muebles, incluidos proveedores (denominada Garantía Mobiliaria de Adquisición); de inventarios, de créditos, de obligaciones no monetarias, de créditos documentarios o cartas de crédito, de bienes poseídos por terceros y sobre derechos de propiedad intelectual. A cada una de ellas la Ley Modelo le da cierto grado de regulación.

Como puede colegirse fácilmente, esa ampliación del ámbito de aplicación de las garantías en el financiamiento internacional no puede tener lugar si no se cuenta con una protección registral general y adecuada. Ese requisito básico es un valladar en Guatemala para las operaciones en la forma en que están previstas en la Ley Modelo. Sin embargo, las dificultades registrales son corregibles.[2]

La Ley Modelo pretende la creación de un registro único, al expresar que el Estado que la adopte "deberá crear un sistema de registro único y uniforme de garantías mobiliarias para dar efecto a la misma" (artículo 1, segundo párrafo). Sin embargo, peca de incongruente, ya que más adelante regula la situación

2 Durante las conversaciones que se dieron con ocasión de la discusión de la Ley Modelo, me permití afirmar que Guatemala tenía una ventaja en cuanto a la adopción de la esencia de la Ley Modelo ya que se contaba con la experiencia del Registro General de la Propiedad, operado con éxito por medio de computadoras y consultable a través de internet. Incluso me atreví a proponer a los colegas salvadoreños que se hiciera un plan piloto mediante el cual se pudieran interconectar los Registros de la Propiedad. Dicha iniciativa contó con el apoyo del apreciado amigo y colega José Luis Muñoz Mata, quien acudió a las discusiones a propuesta del Registro de la Propiedad. ¡Cuánta ingenuidad nos invadió en esa oportunidad, y que fuera destrozada al poco tiempo por el desastroso colapso del sistema de cómputo en el que se basó nuestro Registro de la Propiedad!

en que otra ley o convenio internacional requiere que el título de propiedad sea inscrito en un registro especial, y da prioridad a este último (artículo 37).[3]

Vale la pena insistir aquí que resultaría inútil la adopción y adaptación de la Ley Modelo, sin un registro confiable y de fácil operación.

El lenguaje utilizado por la Ley Modelo se aparta de la terminología que utiliza el derecho guatemalteco, y resulta de difícil comprensión. Para captar su verdadero sentido se requiere mucha dedicación, lo cual es un defecto en ese instrumento, que debe corregirse mediante una simplificación de la terminología a través de la utilización del lenguaje de nuestro sistema legal y no de uno basado en traducciones.

A grandes pinceladas veremos a continuación algunos de los distintos puntos que trata la Ley Modelo:

a) Siguiendo el sistema usual de Estados Unidos, el proyecto se inicia con definiciones, algo que tradicionalmente se ha considerado abominable en nuestro sistema, pero que modernamente se ha utilizado en distintas leyes[4]. Los vocablos que define son: Registro, Deudor Garante (en nuestro derecho, en la prenda, es conocido como deudor pignoraticio), Acreedor garantizado (igualmente, en nuestro derecho se denomina acreedor pignoraticio), Comprador (o "enajenante" (sic)),[5] en el Curso Ordinario de las Operaciones Mercantiles, Bienes Muebles en Garantía, Bienes Muebles Atribuibles (derivados de los originalmente gravados como frutos, transformaciones o sustituciones), Formulario de inscripción Registral, Inventario, Garantía Mobiliaria de Adquisición (a favor de quien financia la adquisición del bien) y Crédito (se define no como crédito en general, sino a la obligación que un tercero debe al deudor garante).

b) La Ley Modelo establece cómo se constituye la garantía mobiliaria: mediante contrato entre acreedor garantizado y deudor garante. Distingue entre la garantía sin desposesión (equivalente a nuestra actual prenda sin desplazamiento a que se refiere el final del primer párrafo del artículo 885 del Código Civil) y la posesoria (con desplazamiento de la posesión). Fija también el contenido mínimo del contrato de constitución de la garantía.

c) Regula también la publicidad, esencialmente registral, estableciendo el principio de que "Los derechos conferidos por una garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se de publicidad de la garantía..." la cual se obtiene a través de la inscripción registral (Art. 10). Como excepción, el mismo artículo considera que la posesión del bien mueble es publicidad suficiente en la prenda con desplazamiento. Asimismo, para la Garantía Mobiliaria de Adquisición (a favor de financiadores o proveedores), siguen la norma general, puesto que obliga a la presentación al registro de un formulario especial.

d) La garantía sobre créditos merece mención especial. Inicia este capítulo fijando el ámbito de la ley en esta materia, al referirlo a "toda especie de cesión de créditos en garantía", pero agrega que cuando la cesión del crédito no sea en garantía, es decir cuando se trate de una cesión de crédito plena, "sólo debe cumplirse con las reglas de publicidad, ya que de lo contrario 'estará sujeta a las reglas de prelación de esta Ley.'" (Art. 13). A su vez, estas reglas de prelación conceden la oponibilidad frente a terceros "sólo cuando se ha cumplido con el requisito

3 La redacción en español del artículo 37 como fue presentada en la versión provisional del Acta Final resulta ininteligible, ya que dice así: "En los casos en donde otra ley o. (sic)La garantía mobiliaria sobre bienes que deben inscribirse en un registro especial, requerirá que dicha inscripción se lleve a cabo para ser considerada como oponible frente a terceros. La inscripción especial deberá realizarse en el Registro correspondiente de conformidad con la legislación aplicable." Tomando como guía el texto en inglés, el texto en español debería ser: "En los casos en que por disposición de otra ley o convenio internacional se requiera que la garantía mobiliaria deba inscribirse en un registro especial, se requerirá que dicha inscripción se lleve a cabo para ser considerada como oponible frente a terceros. La inscripción especial..."

4 Por ejemplo, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto 27-92 del Congreso.

5 Obvio error, posiblemente de traducción al pasar del texto inglés al espeñol, ya que se trata no del enajenante sino del adquiriente. La definición se refiere a quien "paga para la adquisición de bienes", por lo cual no puede bajo ningún concepto utilizarse "enajenante" sino lo opuesto, "adquiriente". Esto se confirma al leer el texto en inglés, en que se utiliza la palabra "transferee" o sea la persona a quien se hace el traspaso o transferencia.

de publicidad." (Art. 47). En resumen, el juego de estas normas obliga a que la cesión de créditos plena cumpla los requisitos de publicidad para que surta efectos frente a terceros y, como ya dijimos, dichos requisitos se circunscriben a inscribir en el Registro, salvo como ya se dijo, en los casos de prenda con desplazamiento. De ello puede concluirse que la publicidad debe darse tanto en la cesión de créditos en garantía como en la cesión plena, lo cual obliga a cualquier cesionario de un crédito que desee tener total seguridad a exigir una inscripción.

El régimen previsto, que podría justificarse para las empresas mercantiles, ya que facilita a quienes quieren realizar operaciones financieras, el conocimiento del estado real de los bienes de su potencial deudor, no se justifica en el ámbito civil, ya que implica una carga casi imposible de cumplir en negocios civiles, especialmente los de poca monta. Para evitar lo anterior, debe limitase el sistema a operaciones mercantiles.

Como una curiosidad vale la pena citar lo inútil de una norma como la contenida en el artículo 16 que establece: "El deudor de un crédito quien debe el pago del mismo tiene los derechos y está sujeto a las obligaciones indicadas en este capítulo". Es obvio, si los derechos y obligaciones están efectivamente contenidos en el resto del capítulo, resulta innecesario enunciarlo como lo hace tal artículo.

El artículo 17, párrafo primero, resulta casi incomprensible debido a su pobre redacción. Basta su lectura para llegar a esa conclusión: "El deudor del crédito puede extinguir su obligación pagando al deudor garante o al cedente en su caso. Sin embargo, cualquier saldo debido al deudor garante o al cedente al momento o después de que el deudor del crédito reciba notificación del acreedor garantizado a realizar el pago al acreedor garantizado. El deudor del crédito podrá solicitar al acreedor garante prueba razonable de que la garantía mobiliaria se ha efectuado, y de no proporcionarse dicha prueba razonable dentro de un tiempo razonable, el deudor del crédito podrá hacer pago al deudor garante." En mi opinión falta claridad en la segunda oración. Ella debiera especificar que después de la notificación debe pagarse al acreedor garantizado, salvo el derecho conferido por la última oración de exigir prueba razonable de la existencia (y obviamente de las condiciones) de la garantía. En todo caso, esta norma debidamente aclarada, resulta de suma utilidad en nuestro sistema que al tratar de la prenda de créditos (Art. 887 del Código Civil) omite toda referencia a la notificación que resulta indispensable para un adecuado ordenamiento de la institución.

El segundo párrafo del mismo artículo[6] prohíbe al acreedor, salvo pacto en contrario, hacer la notificación "antes de que ocurra un incumplimiento que le autorice la ejecución de la garantía." No es razonable esta prohibición, dado que en su ausencia el deudor puede realizar el pago de su adeudo antes del vencimiento del plazo, lo cual está permitido en algunos casos por las normas generales del derecho de obligaciones (en un crédito proveniente del contrato de mutuo, por ejemplo, autorizado por el artículo 1956 del Código Civil).

El artículo 18 prevé la situación en que se den varias notificaciones de existencia de garantía mobiliaria sobre el mismo crédito. La solución que da la Ley Modelo es hacer prevalecer la primera notificación, conclusión que considero de dudosa justicia. En situaciones como esa considero preferible recurrir a la consignación para que sea un tribunal el que defina cuál garantía prevalece, con la garantía de la audiencia de todos los interesados.

El artículo 20 indica que "El deudor del crédito podrá oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original, o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, de la(s) cual(es) el deudor del crédito podría valerse si la(s) mismas(s) fuera(n) opuesta(s) por el deudor garante".[7] Esta fórmula parece acertada

6 El texto contiene el error de usar la palabra "notificación" cuando debió utilizar "obligación". En efecto, el texto dice así: "Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la notificación". Este último vocablo obviamente es un error, ya que las notificaciones son simples actos de comunicación, no pueden cumplirse o no. Lo que debe cumplirse es la "obligación" a que se hace referencia en la notificación.

7 Paréntesis agregados para facilitar la comprensión.

si se trata de obligaciones no contenidas en un título de crédito. Debiera incluirse una excepción para los títulos de crédito que deben continuar rigiéndose por sus normas especiales ya que en su ausencia podrían perder su carácter de literalidad y autonomía que los caracteriza.

También el artículo en referencia abre sus puertas a la autonomía de la voluntad en el campo procesal. En efecto, permite la creación de limitaciones convencionales que obliguen a no interponer cierta clase de excepciones, pero señala como irrenunciables las que surjan por actos fraudulentos o las basadas en la incapacidad del deudor del crédito.

e) Garantía sobre obligaciones no monetarias. Con relación a la garantía constituida por obligaciones No Monetarias, la Ley Modelo dedica dos artículos, uno expresa que se da publicidad a este tipo de garantía mediante la inscripción registral, y el otro que el acreedor garantizado tiene derecho de notificar al obligado a cumplir la obligación no monetaria, para que dé cumplimiento de dicha obligación al acreedor garantizado (equivalente a una cesión) o en su beneficio y "el derecho de ejecutar la obligación al grado permitido por la naturaleza de la obligación". Este mismo artículo permite al obligado rehusar el cumplimiento a un tercero sólo con causa justificada.

El juego de ambos artículos justifica alguna aclaración al ser aprobada la Ley Modelo, ya que siendo (en el proyecto) el registro condición para afectar a terceros, y la notificación un derecho y no una obligación, podría verse adversamente afectado quien cumpla su obligación no monetaria sin consultar previamente el Registro. Al respecto pienso que es preferible el sistema tradicional de la notificación obligatoria al deudor (o la prueba de su conocimiento) para que pueda afectársele. Debe recordarse que el artículo 1448 del Código Civil establece que una cesión "no produce efecto contra el deudor ni contra tercero sino desde que se notifica al deudor o desde que éste se muestra sabedor de ella..."

f) Garantía Mobiliaria sobre Créditos Documentarios o Cartas de Crédito. La Ley Modelo tiene una diferencia importante respecto a nuestro sistema, cual es el considerar que la carta de crédito (carta orden de crédito según la denomina nuestro Código de Comercio) es un instrumento exclusivamente bancario. En efecto, el artículo 23, al referirse al sistema de publicidad expresa que ella está constituida por la entrega al acreedor garantizado "siempre y cuando dicha carta de crédito no prohíba su entrega a otra parte que no sea el banco obligado". Nuestro Código de Comercio, al contrario, permite que su ámbito trascienda del sistema bancario. En efecto, los artículos del 750 al 756 que la regulan no establecen limitación en cuanto a la naturaleza del destinatario, aunque la costumbre la va restringiendo a instituciones bancarias.

Pero hay otro aspecto importante y que merece especial atención, ya que posiblemente habría que modificar el Código de Comercio si se acogiera la Ley Modelo, y es en cuanto a la negociabilidad de la carta de crédito. La utilización de la carta de crédito como garantía mobiliaria implica "negociabilidad", sin embargo, esa característica está prohibida por el referido Código de Comercio, que en su artículo 750 expresa: "Las cartas órdenes de crédito, deberán expedirse a favor de persona determinada **y no serán negociables**..." (énfasis agregado)..

Ya se expresó que la publicidad, según el artículo 23, se obtiene por la posesión por parte del acreedor garantizado, pero se establece como excepción cuando la carta de crédito prohíba su entrega a otra persona distinta del banco obligado. Por otra parte, en el mismo artículo existe discrepancia entre los textos en inglés y español.

Veamos los textos: El español dice: "Salvo el caso en el cual la carta de crédito haya sido enmendada para permitir el que el acreedor garantizado gire contra el **banco emisor**, la entrega a este último no lo habilita a cobrar el crédito sino que impide la presentación de la carta de crédito por parte del deudor garante-beneficiario al banco pagador o negociante". El texto inglés por su parte dice: "Unless the letter of credit has been amended to permit the secured creditor to **draw**, the delivery to the secured creditor does not entitle the latter to draw on the letter of credit and solely prevents the secured debtor-beneficiary´s presentment of the letter of credit to the paying or negotiating bank."

Según se aprecia en el texto español, la segunda parte habla de girar en contra del **banco emisor**, mientras que el inglés sólo habla de **girar** sin decir contra qué banco, si el emisor o el destinatario que es el que normalmente paga. Yo pensaría que el texto inglés se

refiere a este último. Por otra parte, el texto español expresa que cuando "la carta de crédito haya sido enmendada para permitir que el acreedor garantizado gire contra el banco emisor, **la entrega (de la carta de erédito) a este último**" no habilita para cobrar mientras que el texto inglés se refiere a la entrega "**to the seeured ereditor**", que obviamente es distinto del banco emisor (el énfasis en todo este párrafo es agregado).

También la Ley Modelo, en este capítulo, regula la cesión al acreedor garantizado del derecho a girar contra la carta de crédito y remite a las "Prácticas y Costumbres Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional". Esto seguramente creará una dificultad en la aprobación legislativa.

Modificando su sistema general, el artículo 25 de la Ley Modelo requiere para el perfeccionamiento de la garantía sobre la carta de crédito, no sólo el registro, sino la notificación, agregando a esta última la "aceptación por el banco emisor o confirmante de la notificación bajo los términos y condiciones que regulen el pago de la carta de crédito."

El artículo 26 establece otra figura a la que no estamos acostumbrados. Se trata del caso en que "la obligación garantizada consiste en una emisión futura de un crédito o la entrega de un valor en el futuro al deudor garante-beneficiario de una carta de crédito". En esa situación, "el acreedor garantizado deberá emitir dicho crédito o entregar dicho valor en un plazo no mayor de 30 días a partir de la fecha en la cual recibió la aceptación de los términos y condiciones de la garantía del banco emisor o confirmante, salvo pacto en contrario." Seguidamente regula los efectos del no cumplimiento dentro de tal plazo, que básicamente consiste en la cancelación de la garantía y la entrega de una liberación dirigida al banco emisor a efecto de que pueda pagar al deudor garante-beneficiario de acuerdo a los términos originales.

g) Garantía de Instrumentos y Documentos. Bajo este capítulo la Ley Modelo se refiere a títulos negociables mediante endoso o tradición, respecto a los cuales la publicidad se obtiene a través del endoso o de la entrega. (Art. 27). Sin embargo, si el documento fuere entregado al deudor garante para el retiro de mercadería o similar, la garantía deberá inscribirse en el registro (Art. 29).

En el mismo capítulo regula los títulos representativos de mercaderías creados, transferidos o prendados electrónicamente, expresando que se aplicarán las reglas especiales del registro electrónico correspondiente. Obviamente, antes o simultáneamente con la aceptación de la Ley Modelo, en Guatemala requeriríamos la legislación necesaria para el uso reglado del correo electrónico para estos fines (Art. 28).[8]

Con relación a esos mismos títulos representativos, el artículo 29, párrafo primero de la Ley Modelo establece que si se encuentran en posesión de un tercero depositario o almacén de depósito, la publicidad de la garantía se obtiene mediante "la entrega de aviso escrito al tercero en cuestión".

h) Bienes en Posesión de un Tercero. El acreedor garantizado puede, con el consentimiento del deudor garante, tener la posesión del bien por intermedio de tercero, y esa posesión implica la publicidad que requiere la ley, desde que el tercero "reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria" (Art. 30).

i) Garantía sobre Inventario y sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Para ambos tipos de garantía la Ley Modelo requiere la publicidad registral, pero en cuanto se refiere a la Propiedad Industrial, como ya se expresó, la inscripción registral se hace en el registro especial de la materia.

Por supuesto, la Ley Modelo incluye otras materias complementarias, como son obligaciones del acreedor-depositario de los bienes en garantía, registro y trámites registrales, reglas de prelación, ejecución de la garantía, arbitraje como posible medio de solución de conflictos, normas de derecho internacional privado o "conflictos de leyes y alcance territorial" de la aplicación de la ley, todo lo cual merecería estudio aparte y muy detenido.

8 Uno de los temas propuestos para la siguiente Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPI VII) es precisamente el comercio electrónico.

De lo expuesto puede establecerse que algunos aspectos regulados por la Ley Modelo se encuentran tratados en el Código Civil (la prenda), otros en el Código de Comercio (prenda de títulos de crédito, certificado de depósito) o la Ley de Almacenes Generales de Depósito, mientras que otros no están regulados (prenda de inventarios, garantía mobiliaria de adquisición). Esto obliga a tomar una decisión sobre las modificaciones que deben incluirse en esos cuerpos legales. En mi opinión, la Ley Modelo, aunque no lo diga expresamente, está concebida únicamente para obligaciones mercantiles, de allí que la prenda agrícola o ganadera no debiera verse afectada, aunque sí la industrial, ni tampoco la prenda eminentemente civil como la prenda de un valiosísimo piano familiar para garantizar el adeudo contraído para pagar una pensión alimenticia o las cuotas universitarias.

Conclusiones:

A) La Ley Modelo es digna de ser acogida en el derecho guatemalteco, con modificaciones para adaptarla a nuestro derecho y con modificaciones de diversas leyes vigentes.

B) Es conveniente la difusión y estudio de la Ley Modelo, a través de seminarios o cónclaves similares, que permitan proponer las adaptaciones necesarias en nuestro derecho, y las modificaciones a las leyes vigentes que tratan materias reguladas por la Ley Modelo.

C) Sin lugar a dudas, las Facultades de Derecho, el Colegio de Abogados, los Institutos de Derecho Mercantil y de Derecho Notarial, entre otros, son foros que debieran participar en el estudio necesario.

"UNA COSA NO ES JUSTA POR EL HECHO DE SER LEY. DEBE SER LEY PORQUE ES JUSTA".

(Montesquieu)

"LA CIVILIZACIÓN PROGRESA AL AUMENTAR EL NÚMERO DE COSAS IMPORTANTES QUE PODEMOS EJECUTAR SIN PENSAR EN ELLAS. LAS OPERACIONES DEL PENSAMIENTO SON COMO LAS CARGAS DE CABALLERÍA EN UNA BATALLA; ESTÁN ESTRICTAMENTE LIMITADAS EN NÚMERO; REQUIEREN CABALLOS DE REFRESCO Y DEBEN DARSE ÚNICAMENTE EN LOS MOMENTOS DECISIVOS."

(A.N. Whitehead)

MARÍA XIMENA ORDÓNEZ ORELLANA[1]

El Contrato de Promesa y los Contratos Reales

Sumario:

Antecedentes
I. Los contratos reales
1. Definición
2. Origen histórico: la importancia del contrato real
3. Razón de ser del contrato real
4. Los contratos reales en el Código Civil
II. El contrato de promesa
1. Definición
2. Clasificación, elementos y características
3. Historia
4. Finalidades del contrato de promesa
5. Críticas a la existencia del contrato de promesa
III. Análisis de la posibilidad de celebrar un contrato de promesa que tenga como objeto, la celebración de un contrato definitivo de carácter real
1. Argumentos en contra
2. Argumentos a favor
IV. Conclusiones
V. Bibliografía

Antecedentes

Este trabajo de investigación tiene como objetivo analizar si es posible, dentro de la legislación guatemalteca, la celebración de un contrato de promesa que tenga como fin la preparación de un futuro contrato real. Para ello, se expondrá qué se entiende por contrato real y por contrato de promesa. Seguidamente, se expondrán los argumentos a favor y en contra de la cuestión que nos atañe, para finalizar con análisis de dichos argumentos y una consecuente conclusión al respecto.

La idea de realizar este trabajo surgió ante la existencia de dos posturas que sostienen criterios contrarios. Por un lado, tratadistas como Francesco Messineo[2], Valverde y Valverde[3], y Díez-Picazo[4], sostienen que sí es posible celebrar un contrato de promesa que tenga como objetivo la realización de un futuro contrato real. Por otra parte, doctrinarios de la talla de Ramón Sánchez Medal[5], De Castro, Carressi, y Jordano[6], opinan lo contrario. Ante esta situación, procedemos a analizar la cuestión que nos atañe, dentro del ámbito específico del ordenamiento jurídico guatemalteco.

I. Los contratos reales

1. Definición

El contrato real es definido en la doctrina como *aquél que se perfecciona con la entrega*[7] *de la cosa objeto del contrato.* Ospina señala que "el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere." (1994: 66) Es importante

---

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria egresada de la Universidad Francisco Marroquín.

2 Messineo, Francesco. 1971. *Manual de derecho civil y comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 468., y 1986. *Doctrina general del contrato.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América., pág. 354.

3 Valverde y Valverde, D. Calixto. 1937. *Tratado de derecho civil español.* 4ª ed. Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, pág. 347.

4 Díez-Picazo, Luis. 1983. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 2ª ed. Madrid, Tecnos. Tomo I.

5 Sánchez Medal, Ramón. 1994. *De los contratos civiles.* 13ª ed. México D.F., Porrúa, pág. 137.

6 Citados por Díez-Picazo, op. cit., pág. 314.

7 Es importante tener en cuenta que el Código Civil contempla, en el caso específico de la compraventa, tres tipos de entrega: real, simbólica o legal. La primera consiste en la entrega material de la cosa o del título; la simbólica se da cuando se emplea alguna forma o figura con la cual el comprador se da por recibido de la cosa; la entrega legal tiene lugar cuando la ley considera recibida la cosa, aun sin estar materialmente entregada. Aunque estos tipos de entrega se encuentran dentro de las disposiciones del contrato de compraventa, considero que pueden aplicarse por analogía a otros contratos.

hacer la siguiente aclaración sobre el concepto de *contrato perfecto.* Un contrato *es perfecto,* cuando las obligaciones que de él se derivan, ya pueden ser efectivamente exigidas. Un sector de la doctrina considera al perfeccionamiento como el momento en el cual *nace* el contrato a la vida jurídica, el punto inicial de partida. Otros señalan que el contrato sí existe antes de su perfeccionamiento desde que hubo acuerdo de voluntades, pero que como todavía no era perfecto, las obligaciones de él derivadas no podían ser exigidas aún. Los efectos de esta diferenciación son de vital importancia para este trabajo. Partiré de la premisa de que es a partir del *perfeccionamiento* del contrato, que éste surte efectos y, por lo tanto, son exigibles las obligaciones de él derivadas, ya que esta es la postura adoptada por el Código Civil en el artículo **1519**, el cual prescribe que "desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, [...]."

2. Origen histórico: la importancia del contrato real

En el Derecho Romano surge el concepto de *contrato real.* Aunque los juristas romanos nunca se preocuparon por edificar una teoría general del contrato, ya en la época clásica se manejaba la clasificación de los contratos según la forma de su perfeccionamiento[8]. En las Institutas de Gayo, éstos se dividían en *contratos reales, verbales, literales y consensuales.*[9] Es de notoria importancia señalar que en el Derecho Romano, la simple convención no producía obligaciones, ya que era un derecho que ponía especial énfasis en las formalidades externas para dotar a los actos de validez. Por lo tanto, los contratos consensuales –a diferencia de hoy en día– no eran la regla, sino la excepción. Para que un contrato fuese consensual, debía ser nombrado expresamente como tal. Entre estas cuatro categorías, predominaban los reales, ya que todos los contratos atípicos eran contratos *reales.*[10] Estos hechos evidencian el papel protagónico que este tipo de contratos tuvo, en un primer momento.

3. Razón de ser del contrato real

Es común encontrar en los juristas modernos, la difundida opinión según la cual los contratos reales carecen hoy en día de sentido y finalidad alguna, siendo que sólo existen en virtud del mantenimiento de una formalidad "caprichosa y arbitraria"[11]. Por este motivo, puede observarse una tendencia a la eliminación de esta clasificación, ampliándose así el universo de los contratos consensuales. En este aspecto, Guatemala no ha seguido los pasos de las legislaciones modernas: nuestro sistema de derecho contractual aún conserva la categoría de contratos reales. Por ello se incluye, a continuación, una breve explicación de la razón por la cual surgió la categoría de los contratos reales. En Roma, los contratos típicos clasificados como contratos reales eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Todos estos contratos implicaban una *restitución* de la cosa entregada, tal y como sucede hoy en día. En el mutuo, el mutuatario tenía la obligación principal de restituir igual cantidad y calidad de los bienes fungibles entregados en calidad de mutuo; en el comodato, depósito y prenda, la obligación consistía en devolver la cosa prestada, depositada o pignorada, respectivamente. De esto se desprende que, en su inicio, los contratos reales eran aquellos que implicaban una futura restitución de la cosa entregada. Los romanos justificaban esta situación argumentando que no podía nacer una obligación de restituir, si la cosa objeto de restitución no había sido entregada. Es por esto que dice Petit (1997: 376), que "la necesidad de una tradición para la perfección del contrato no tiene, pues, nada de arbitrario, ya que es natural que no se esté obligado a devolver lo que no se ha recibido."

Considero que la razón que dio origen al surgimiento de la categoría de contratos reales es poco sustentable,

8 Iglesias, Juan, "*Derecho Romano, Historia e Instituciones*" 11ª edición, 1993, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 662 págs.

9 Los contratos verbales eran los que se perfeccionaban a través del cumplimiento de fórmulas orales, mientras que los contratos literales se perfeccionaban con el cumplimiento de fórmulas escritas, generalmente en un registro llevado por el acreedor.

10 Petit, Eugene, "*Tratado Elemental de Derecho Romano*", 13ª edición, 1997, México D.F., Editorial Porrúa, 717 págs.

11 Ospina Fernández, Guillermo, op. cit., pág. 67.

ya que existen –desde la época del nacimiento del Derecho Romano– muchos otros contratos que implican restitución de objetos, y no por esto serán siempre contratos reales. En el arrendamiento, por ejemplo, el arrendatario tiene la obligación de restituir el bien arrendado, siendo que se trata de un contrato consensual. Además, esa obligación de restitución se sujeta, naturalmente, a la condición de que el bien arrendado sea entregado por el arrendante al arrendatario. Sin embargo, en la legislación guatemalteca aún existen los contratos reales, motivo por el cual puede proseguirse con este trabajo.

4. Los contratos reales en el Código Civil

El Código Civil en el artículo **1588**, clasifica a los contratos según el momento de su perfeccionamiento, en consensuales y reales. Son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos, y reales cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa. A diferencia del Derecho Romano, *el consensualismo* es hoy un principio de derecho contractual generalmente aceptado. Por lo tanto, el número de contratos reales se ha visto reducido, en su mayoría, a los expresamente señalados por la ley como tales. De esto resulta que en Guatemala, los contratos típicos reales son el mutuo, comodato, depósito, contrato estimatorio, depósito irregular y reporto, pues en cada caso en particular, la ley señala que éstos se perfeccionan con la entrega de la cosa:

- El artículo **1942** del Código Civil prescribe: "Por el contrato de **mutuo**[12] una persona **entrega** a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad."
- El artículo **1957** del Código Civil señala: "Por el contrato de **comodato**, una persona **entrega** a otra, gratuitamente, algún bien mueble no fungible o semoviente, para que se sirva de él por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva."
- El artículo **1974** del Código Civil dice: "Por el contrato de **depósito** una persona **recibe** de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez."
- El artículo **713** del Código de Comercio prescribe: "el contrato **estimatorio**, por el cual una parte **entrega** a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las reglas siguientes: [...]"
- El artículo **744** del Código de Comercio dice: "en virtud del **reporto**, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, que podrá ser aumentado o disminuido de la manera convenida. El reporto se perfeccionará por la **entrega** cambiaria de los títulos."

II. El contrato de promesa

Pocas figuras contractuales han suscitado tanta discusión entre los juristas respecto a su naturaleza jurídica y alcances, como lo ha hecho el contrato de promesa. También llamado precontrato, promesa de contrato, contrato preparatorio o contrato preliminar[13], el contrato de promesa es definido y regulado por la doctrina y las diversas legislaciones de manera diversa. Es por ello que, en el presente trabajo, se expondrán sus elementos esenciales, en los cuales sí existe un consenso generalizado en la doctrina y las legislaciones. Únicamente se incluirán detalles cuando sea necesario para el análisis objeto de esta investigación. Todo esto, con énfasis siempre en la forma en que la legislación guatemalteca lo regula.

1. Definición

Según Díez-Picazo, el contrato de promesa es aquel "contrato por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato -el contrato definitivo hasta ahora meramente proyectado-, emitiendo para ello en su

12 Las negrillas en éste y los demás artículos, es mío.
13 En este estudio se utilizarán estos términos de manera indistinta.

momento las necesarias declaraciones de voluntad." (1993:305-306) A su vez, Sánchez Medal lo define como "el contrato preparatorio por el que una o las dos partes se obligan a celebrar, dentro de un cierto plazo, un contrato futuro, cuyos elementos esenciales se determinan al efecto." (1994:131) Por lo tanto, la obligación que surge de este contrato es una *obligación de contratar.* La prestación objeto de esta obligación, consistirá siempre en un *hacer*, hacer que se traduce en *manifestar la voluntad de celebrar un contrato futuro*. El contrato que está siendo preparado o proyectado por el contrato de promesa se llama contrato definitivo o contrato futuro. El Código Civil Guatemalteco no contiene una definición de contrato de promesa, pero en el **artículo 1674** señala: "Se puede asumir por contrato la obligación de celebrar un contrato futuro. [...]"

2. Clasificación, elementos y características

El contrato de promesa es **clasificado** en la doctrina[14] como un *contrato preparatorio*, lo cual significa que su función consiste en *preparar* la celebración de un contrato futuro y definitivo. La legislación guatemalteca no incluye una clasificación de contratos que los divida en preparatorios y definitivos. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Código Civil indica que sí se adoptó esta clasificación respecto a los contratos del Código Civil, al decir que "los contratos mencionados [los preparatorios] determinan la celebración de negocios jurídicos futuros cuyas bases establecen." (1963: 216).

Los **elementos personales** del contrato de promesa son los *promitentes.* Así, por ejemplo, si se tratare de un contrato de promesa de compraventa, habrá un promitente comprador y un promitente vendedor. Para definir los **elementos reales** del contrato de promesa se partirá de la premisa doctrinaria de que el objeto de todo contrato es *la obligación*; asimismo, el objeto de la obligación es la prestación, es decir la conducta exigible.[15] De esto resulta que el objeto del contrato de promesa consiste en *la obligación de celebrar el contrato definitivo,* y el objeto de dicha obligación lo constituye la prestación de *hacer*, un hacer que implica *celebrar el contrato definitivo.*[16]

El contrato de promesa necesariamente implica dos elementos esenciales propios de este contrato en particular. Por una parte, la inclusión de las bases esenciales del contrato futuro. Varios tratadistas coinciden en decir que es indispensable incluir *todas* las estipulaciones que regirán al contrato definitivo, ya que si la función del contrato de promesa consiste en obligar a las partes a celebrar un contrato futuro, es necesario definir exactamente a qué se están obligando. Nuestra opinión es que basta con la determinación de los elementos esenciales del contrato definitivo para que pueda surtir efectos el contrato preparatorio, ya que es lo mínimo que se requiere para que el contrato definitivo sea válido y existente, al darse la manifestación de voluntad al respecto. El siguiente elemento esencial es el *plazo* del contrato. La regla general es que las partes son libres de establecer el plazo que mejor les parezca. En la legislación guatemalteca, esta facultad se encuentra limitada por el **artículo 1681** que señala que "El plazo en el contrato de promesa no podrá exceder de dos años si se tratare de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, y de un año, si se tratare de otros bienes o prestaciones."

Existen otras dos características del contrato de promesa que deben mencionarse, y que son las de mayor importancia para el análisis del presente trabajo. La primera hace referencia a **la forma:** el contrato de promesa debe otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar. En Guatemala, este principio quedó recogido, literalmente, en el **artículo 1674** del Código Civil. Por su importancia, este punto se tratará detenidamente más adelante.

La segunda trata el tema de la ***ejecutabilidad*** del contrato de promesa. De acuerdo con la tesis clásica, mencionada por Díez-Picazo, como se trata de una

14 Véase, por ejemplo, las obras citadas de Díez-Picazo, Sánchez Medal y Valverde y Valverde.

15 Es importante tener presente, que al hablar de la obligación como objeto del contrato se está ante una premisa doctrinaria, pues la legislación guatemalteca no siempre maneja este concepto: el artículo 1538 del Código Civil, por ejemplo, determina que es *la* cosa el objeto del contrato.

16 Es importante señalar que la doctrina consultada es unánime respecto a que la prestación en cuestión será siempre *un hacer.* Véase, por ejemplo: Sánchez Medal (1994:137, 149), Francisco Messineo (1986:468), (1971:360), Díez-Picazo (1993:306)

prestación de *hacer*, es una obligación inejecutable, "puesto que la prestación futura del consentimiento es un acto estrictamente personal y no directamente coercible." (1993:306) Por lo tanto, el incumplimiento de esta obligación aún después de que ha sido requerido judicialmente para cumplirla, sólo trae como consecuencia, en caso de negativa del demandado, una indemnización por daños y perjuicios. Este enunciado doctrinario concuerda con la normativa general de contratos de la legislación guatemalteca, ya que de acuerdo con el Código Civil y con el Código Procesal Civil y Mercantil, si el obligado a una prestación de hacer, la incumple aún después de ser requerido judicialmente para cumplirla, no se le puede obligar a hacer: dicha obligación, para ser ejecutada, se transforma en una prestación de dar, consistente en una indemnización en concepto de daños y perjuicios.[17] Sin embargo, como se verá a continuación, la normativa específica del contrato de promesa modifica esa regla general para este contrato en particular.

Por el contrario, la tesis moderna sostiene que cuando el contrato de promesa no es voluntariamente cumplido, ese cumplimiento es susceptible de ejecución forzosa con la intervención de autoridad competente. Así opinan Díez-Picazo y Sánchez Medal, quienes señalan que "puede el beneficiario de la promesa exigir judicialmente el otorgamiento de éste [del contrato futuro] y hacer efectivo tal otorgamiento a través de la firma que estampe el juez en rebeldía del promitente." (1994:140) En Guatemala, la tesis moderna es aceptada respecto al contrato de promesa: el artículo **1683** del Código Civil señala que "si el promitente se negare a otorgar la escritura para dar forma legal al contrato prometido, en su rebeldía, lo hará el juez, salvo que la cosa haya pasado a tercero de buena fe, en cuyo caso la promesa se resolverá en el pago de daños y perjuicios." A su vez, el artículo 1684 señala que "la acción para exigir el cumplimiento de la promesa, deberá entablarse dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo convencional o legal. Vencido el plazo a que se refiere el párrafo anterior para entablar la acción, sin que ésta se haya ejercitado, las partes quedan libres de toda obligación. En este caso, si hubo arras, las devolverá quien las recibió."

3. Historia

El que el contrato de promesa sea uno de los más discutidos entre juristas se evidencia con un breve vistazo a la historia de esta institución. Esto nos permitirá, además, entender varias de las principales críticas contra la idea de celebrar un contrato de promesa sobre un contrato real. Veamos, pues, el desarrollo de esta figura a través del tiempo.

En Roma, el contrato de promesa existió pero de manera muy escueta. Únicamente se contemplaba para la compraventa, por lo que nunca se enfrentaron con la discusión de si podía existir un contrato de promesa que tuviera como objeto la celebración de un contrato real.

El criterio de la obligatoriedad de la promesa fue modificado a continuación, ya que en el derecho feudal, la promesa de vender no obligaba en forma alguna. Posteriormente, con el advenimiento del Derecho Canónico y su tendencia a darle preeminencia al elemento volitivo frente a elementos externos, el contrato de promesa vuelve a adquirir fuerza obligatoria so pena de perjurio, pero nuevamente, sólo se podían preparar contratos de compraventa. Valverde nos indica que el primer problema respecto a la naturaleza del contrato de promesa surge en la época de los Glosadores, en donde existió un consenso casi unánime en equiparar la promesa con la compraventa." (1937:350) Esta confusión, que consiste en afirmar que el contrato preparatorio y el definitivo son uno mismo, adquirió dimensiones agudas con su inserción en el Código de Napoleón, cuyo artículo 1589 disponía que "la promesa de venta equivale a la venta siempre que haya consentimiento recíproco de las dos partes sobre cosa y precio" (1937:350). De esta manera el contrato de promesa fue entonces concebido como un contrato definitivo sujeto a condición suspensiva.

El ordenamiento jurídico guatemalteco, aunque a través de España se vio directamente influenciado por el Código de Napoleón, se aparta hoy en día de la concepción de contrato de promesa que presentaba este último, ya que el Código Civil de Guatemala lo regula como un contrato preparatorio distinto del

17 Véase los artículos 1319 y 1324 del Código Civil, y 337 del Código Procesal Civil y Mercantil.

principal. Aunque el contrato preparatorio se relacionará siempre con uno principal, no por eso puede afirmarse que ambos sean un solo contrato. El **artículo 1674** deja suficientemente claro que se trata de un contrato distinto del principal, cuando dice que "se puede asumir por contrato la obligación de celebrar un contrato futuro. La promesa de contrato debe otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar." Además, el Código Civil Guatemalteco no especifica que el contrato de promesa sólo sea preparatorio del contrato de compraventa, pues lo regula de manera general, a diferencia del Código Civil de Napoleón, el cual admite únicamente la promesa de compraventa.[18]

4. Finalidades del contrato de promesa

El contrato preliminar responde a determinadas finalidades, dentro de las cuales destacan:

a. Para asegurar situaciones jurídicas futuras vinculando de manera inicial a las partes, pero sin que se provoque aún una eficacia inmediata del negocio, ya sea porque las partes no quieren, en determinado momento, celebrar un contrato definitivo, o porque no pueden, como en los casos en donde a una de las partes carece de estatus jurídico en ese momento, o por necesitar de algún permiso o autorización, o por una imposibilidad de hecho que lo impida.

b. Messineo opina, con relación al tema que directamente nos incumbe, que la utilidad del contrato de promesa que prepara un futuro contrato real, reside en la posibilidad de vincular a las partes sin necesidad de la entrega de la cosa, que se exige en cambio, para perfeccionar el contrato definitivo. (1971:468)

5. Críticas a la existencia del contrato de promesa

En el Código de Napoleón se había aniquilado por completo el concepto de contrato preliminar, equiparándolo al contrato definitivo al señalar que "había compraventa en el momento de existir acuerdo en cosa y precio." Posteriormente, el contrato de promesa ha sido aceptado paulatinamente, lo cual ha generado numerosas críticas al respecto, dentro de las cuales sobresalen las siguientes:

a. Díez-Picazo señala que, si se admite la premisa según la cual sí puede ejecutarse coercitivamente la prestación de hacer, entonces "el precontrato constituye un inútil y superfluo rodeo, pues en la práctica lleva al mismo resultado a que lleva el contrato principal del que en rigor tendría que ser meramente preparatorio." (1993:307) Esta crítica se refuta con decir que *no es* cierto que el resultado de celebrar un contrato de promesa sea el mismo al de celebrar un contrato definitivo: aunque es cierto que al final de cuentas, el contrato de promesa desembocará en un futuro contrato definitivo, la diferencia estriba en que, ya celebrada la promesa, las partes aún no están obligadas en cuanto a las prestaciones del contrato definitivo, el cual *no existe todavía*. Además, en los casos en que por falta de un status jurídico determinado, las partes no pueden aún contratar definitivamente, la promesa de contrato constituye la única manera de vincularse obligatoriamente, sin un contrato definitivo que, en este caso, las partes no están todavía en posibilidad de celebrar.

b. Se objeta que el contrato definitivo *no será nunca un verdadero contrato*, dado que es un contrato "obligatorio" por lo que no existe una libre y espontánea voluntad de celebrarlo. Esta crítica se refuta señalando que el Código Civil de Guatemala acepta y regula el contrato de promesa como un verdadero contrato, estableciendo los efectos jurídicos ya discutidos anteriormente. Además, si se trata de un "contrato obligatorio", fueron las partes, por medio de sus respectivas manifestaciones de voluntad, quienes libremente se obligaron a la promesa.

c. Según Valverde, "la dificultad que surge en estas promesas, como contratos preparatorios, es determinar cuándo concurren todos los elementos de perfección del contrato preliminar,

18 El Código Civil que precedió al actualmente vigente en Guatemala, únicamente regulaba el contrato de promesa de compraventa a partir del artículo 1503.

sin que concurran los elementos del contrato definitivo." (1937:347) Esta última crítica hace referencia a una dificultad general del derecho de la contratación: la tipificación de la figura contractual que verdaderamente concuerde con el contenido del contrato que las partes están celebrando. Este problema no se presenta únicamente con relación a los contratos preparatorios y sus respectivos contratos definitivos, sino que constituye un problema del ámbito de la contratación en general. En el caso del contrato de promesa, el problema de la tipificación es bastante común porque, como fue afirmado anteriormente, una de las características del contrato de promesa consiste en que *debe contener todos los elementos esenciales del contrato futuro que está preparando.* Es por esto que la duda respecto a la naturaleza del contrato que las partes han celebrado, puede surgir con frecuencia cuando se celebran contratos de promesa. Sin embargo, consideramos que esa posible discusión respecto a la naturaleza del contrato debe zanjarse dándole preeminencia a la *voluntad* de las partes. Si de la enunciación o redacción del contrato se desprende que las partes querían celebrar una promesa y no querían celebrar aún el contrato definitivo, aún y cuando ese contrato contenga todos los elementos esenciales del contrato futuro, seguirá siendo un contrato de promesa en virtud de la autonomía de la voluntad. Está de más señalar que la propia ley faculta expresamente a las partes para celebrar contratos de promesa, por lo que el hecho que ese contrato preliminar contenga los elementos esenciales del contrato futuro, no convierten automáticamente a ese contrato de promesa en un contrato futuro.[19]

III. Análisis de la posibilidad de celebrar un contrato de promesa que tenga como objeto, la celebración de un contrato definitivo de carácter real

Ha llegado el momento de analizar si tendría validez el que se celebrara un contrato de promesa que tuviese como objeto la celebración de un contrato real. Para ello, se presentarán primero los argumentos en contra, seguidos por los argumentos a favor y un análisis jurídico de ambos, para llegar finalmente a una conclusión.

1. Argumentos en contra

a. El primer argumento en contra es expuesto por Díez-Picazo.[20] Éste señala que, ya que en los contratos reales, la entrega de la cosa es una formalidad necesaria para el perfeccionamiento del contrato, un contrato de promesa -que será siempre consensual- tendría una *naturaleza diversa* a la del contrato definitivo, en cuanto al modo de su perfeccionamiento. El problema de esta situación consiste en que, por medio de ella, se consigue un efecto jurídico contrario a la norma según la cual, para que se perfeccione un contrato real, debe existir *entrega* de la cosa, pues ahora resulta que *antes* de dicha entrega, el promitente ya estaría obligado a celebrar ese contrato real. Se estaría, por lo tanto, ante un caso de fraude de ley, que en la legislación guatemalteca se encuentra regulado en el segundo párrafo del **artículo 4** de la Ley del Organismo Judicial: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o

19 En otros sistemas jurídicos como en el argentino, por ejemplo, se han establecido parámetros para determinar, en caso de duda, cuándo se está ante un contrato de promesa y cuándo ante un contrato definitivo. Así, respecto al contrato de compraventa, por ejemplo, existe un porcentaje específico del precio que, una vez pagado ese porcentaje o más en una supuesta promesa de compraventa, se reputa concluido el contrato definitivo. Dado que en Guatemala no existe una norma legal análoga, consideramos que debe dársele preeminencia a la autonomía de la voluntad, salvo que exista una clara simulación.

20 Díez-Picazo, Luis. 1993. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 4ª ed. Madrid, Civitas. Tomo I.

contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

- *Crítica.* Este argumento se basa en la idea que el contrato de promesa y el contrato real son de distinta naturaleza, uno es consensual y el otro real, y que por ende, imposibles de subsumirse. Considero que este razonamiento es inválido, ya que, en primer lugar, nada impide que un contrato preparatorio sea de distinta naturaleza -en cuanto a su perfeccionamiento- que el contrato definitivo. Por definición, todo contrato de promesa, por el simple hecho de ser preparatorio, ya es de distinta naturaleza que el contrato definitivo, siendo que el contrato preparatorio llegará a su fin en el momento de la celebración del contrato definitivo. Un ejemplo bastará para entenderlo: el contrato de mandato, regulado en el Código Civil, es un contrato *preparatorio* que generalmente es solemne[21]. Sin embargo, esto no significa que todos los contratos futuros que se celebrarán por parte del mandatario, sean contratos solemnes: el mandatario puede celebrar contratos no solemnes como compraventa y arrendamiento, contratos formales como la fianza y la compraventa de inmuebles. Por lo tanto, queda demostrado el hecho que los contratos preparatorios no necesariamente serán de la misma naturaleza que los contratos definitivos.

Respecto a la afirmación de que existe *fraude de ley*, debe señalarse que en este caso en particular no puede aplicarse dicho precepto, pues existe una norma legal que *legitima* la existencia de una promesa sobre un contrato real: el **artículo 1674** del Código Civil establece que se puede asumir por contrato la obligación de celebrar un contrato futuro. Debe notarse que es una norma general y abstracta, por lo que a falta de prohibición expresa, no puede dejarse fuera a los contratos reales. Además, la idea del fraude de ley podría enfocarse de manera contraria: dado que el artículo 1674 del Código Civil permite la celebración de contratos de promesa sobre *todo* tipo de contratos, entonces el no permitir su aplicación en cuanto a contratos reales es un fraude de ley porque se estaría realizando al amparo del texto de una norma -la que define que los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa- , para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Y sería un resultado contrario al ordenamiento jurídico, precisamente porque el artículo 1674 del Código Civil regula la promesa de contrato en forma abstracta y general, por lo que ya incluye a los contratos reales. Por lo tanto, no puede hablarse de fraude de ley cuando se busca preparar un contrato real, por medio de un contrato de promesa. Por último, es de vital importancia recordar que la celebración de un contrato de promesa no implica que el contrato definitivo esté perfecto, por lo que es falso afirmar que con un contrato de promesa se estaría contraviniendo el principio según el cual los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa: el contrato futuro, si es de carácter real, *siempre necesitará la entrega de la cosa para su perfeccionamiento.*

b. La Exposición de Motivos señala, respecto al contrato de promesa, que "se acepta que la promesa de celebrar un contrato futuro constituye un contrato de promesa y puede referirse a cualquier contrato **cuya naturaleza lo permita.**"[22] (1963:216) Esta frase nos permite afirmar que no se contempló la posibilidad de celebrar contratos de promesa para futuros contratos reales, porque el legislador se cuidó de incluir como requisito para celebrar contratos de promesa, que éstos sean compatibles con la naturaleza de los contratos definitivos que están preparando. Por ende, la naturaleza de los contratos reales impide que éstos sean objeto de un contrato de promesa.

- *Crítica.* Consideramos que, aunque la Exposición de Motivos señala que el poder celebrar un contrato de promesa depende de que la naturaleza del contrato definitivo así lo permita, el legislador *no estaba haciendo referencia, con esta frase, al caso de los contratos reales.* A lo que se hacía referencia, por ejemplo, es al hecho que no es posible celebrar un contrato de promesa que tenga como objeto la celebración de otro contrato de promesa, precisamente por la

21 Los únicos casos en donde no se trata de un contrato solemne son: cuando el asunto no exceda de mil quetzales, cuando la representación se confiere por cartas-poderes para asistir a juntas y demás actos que la ley lo permite.

22 Las negrillas son mías.

naturaleza preparatoria de este contrato. De permitirse esta modalidad, podría llegar a nunca terminarse la cadena de contratos preparatorios.

c. Todos los autores que equiparan el contrato de promesa con el contrato definitivo, entre quienes se encuentran Planiol, Demogue, Valverde, Alguer, señalan que "el contrato de promesa es el mismo contrato definitivo en el que las partes sólo han diferido los efectos de éste para que se produzcan más tarde."[23]

- *Crítica.* El argumento que equipara al contrato de promesa con el contrato definitivo es inválido en la legislación guatemalteca, pues el Código Civil claramente determina, al regularlo como un verdadero contrato, que el contrato de promesa es un contrato distinto del contrato definitivo. El hecho que el primero sea preparatorio del segundo, y que ambos estén íntimamente relacionados, no significa que se trate de un solo contrato, todo lo cual queda claro en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

d. Según Sánchez Medal, los contratos de promesa no pueden tener como objeto un contrato real porque estos últimos requieren, por su esencia misma, que "una de las partes *ejecute* la obligación a su cargo precisamente *antes* que la otra parte pueda dar cumplimiento a la obligación a su cargo, que es lo que acontece en el mutuo, en el depósito y en el comodato." (1994:137)

- *Crítica.* El criterio de Sánchez Medal se refuta señalando que *es falso* que en los contratos reales una de las partes deba ejecutar la obligación a su cargo –dar la cosa– antes que la otra parte dé cumplimiento a su obligación: la dación de la cosa en los contratos reales *no constituye* la ejecución de la obligación, sino *una formalidad necesaria para el perfeccionamiento del contrato.*

e. Tanto en la doctrina como en el Código Civil, **artículo 1674**, se establece el principio que "la promesa de contrato debe otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar." Al respecto, la Exposición de Motivos del Código Civil establece que "...hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, convenio que se perfecciona, dice el artículo 1518, por el mero consentimiento de las partes, excepto cuando la ley exige otra formalidad, además del consentimiento, como es el otorgamiento de escritura pública en los contratos solemnes y **la entrega de la cosa en los contratos que hemos llamado reales.**"[24] (1963:187) Dado que la entrega de la cosa constituye una formalidad, la única manera de concebir un contrato de promesa sobre un contrato real, sería *entregando* la cosa objeto del contrato definitivo, en el momento de celebrar el contrato de promesa, lo cual hace que este último pierda su sentido y razón de ser.

- *Crítica.* Al señalar el artículo 1674 que "la promesa de contrato debe otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar", *no está incluyendo aquí a los contratos reales*, por el siguiente motivo: el que los contratos reales requieran de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, constituye una *formalidad*; sin embargo esto no significa que se trate de contratos formales. Debe distinguirse entre *forma* y *formalidad.* Forma es, según Díez-Picazo, el "necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual" (1983:183). Forma significa, en el derecho contractual guatemalteco, la manera en que puede o debe expresarse la voluntad de contratar, siendo que el artículo **1574** del Código Civil señala que "Toda persona puede contratar y obligarse: 1- Por escritura pública; 2- Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3- Por correspondencia; y 4- Verbalmente. En cambio, la formalidad, tal y como es definida por Cabanellas, consiste en aquel "requisito exigido en un acto o contrato. Trámite o procedimiento en un acto público o en una causa o expediente. [...] Se trata de las prescripciones de la ley que se refieren tanto a las condiciones como a los términos y expresiones que deben observarse al tiempo de la formación de un acto jurídico." (1976:216) Por *formalidad* debe entenderse todo aquel requisito adicional, distinto a la manifestación de la voluntad, requerido para el

23 Así lo afirma Sánchez Medal. (1994:134)
24 Las negrillas son mías.

perfeccionamiento de un contrato o para que éste surta todos sus efectos. De esta manera, en los contratos reales, la entrega de la cosa constituye una *formalidad* necesaria para el perfeccionamiento del contrato. Por este motivo, el artículo **1674** del Código Civil, al exigir que el contrato de promesa se otorgue en la misma forma que la ley señala para el contrato definitivo, *no está incluyendo la formalidad de entrega de los contratos reales* porque la entrega de la cosa no es una forma, sino una formalidad. Por lo tanto, es falso decir que para que se perfeccione el contrato de promesa sobre un contrato real "deba entregarse la cosa". Basta con el simple consentimiento para que todo contrato de promesa se perfeccione, pues se trata de un contrato consensual.

2. Argumentos a favor

Los argumentos a favor de la posibilidad de un contrato de promesa sobre un contrato real, son:

a. El derecho contractual se caracteriza por la preeminencia del principio de la *autonomía de la voluntad*, el cual es definido por Rezzónico como aquel "postulado filosófico-jurídico en virtud del cual se otorga a las personas la facultad para concluir contratos y, por ende, obligarse a sí mismos." (1999:210) Con base en ello, si dos personas tienen la voluntad de *no contratar definitivamente en el presente*, pero sí desean obligarse ahora por medio de un contrato preparatorio respecto a un contrato futuro, es en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que las partes son libres de contratar preliminarmente. En Guatemala, el contrato de promesa está expresamente reconocido y regulado a partir del artículo **1674**. Dado que dentro de la regulación legal de dicho contrato no se prohíbe expresamente que se celebren contratos de promesa sobre futuros contratos reales, entonces debe deducirse que sí está permitido, puesto que lo que no está prohibido está permitido: el artículo **5** de la Constitución consagra el principio de libertad de acción, al decir que "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; [...].

b. Tal y como afirma Valverde, la perfección del contrato de promesa "se rige por las reglas generales de la contratación". (1937:348) En el caso particular de Guatemala, el Código Civil establece como regla general el *consensualismo* para la perfección de los contratos, al señalar en el **artículo 1518** que "los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez." A su vez, el Código Civil regula el contrato de promesa y le da un carácter *consensual*. Por esto, todo contrato de promesa será consensual, aún y cuando verse sobre un contrato definitivo de carácter real.

e. La Exposición de Motivos del Código Civil señala, respecto al contrato de promesa, que "el derecho se ha ocupado de este contrato con amplitud y se ha discutido entre los autores su naturaleza jurídica y sí es aceptable para toda clase de contratos. Opiniones en pro y en contra dejan, sin embargo, un criterio firme para su aceptación." (1963:216). Por lo tanto, queda establecido que el criterio adoptado por los legisladores era el de estar a favor de un contrato de promesa capaz de ser preparatorio de cualquier tipo de contrato definitivo.

d. Es de suma importancia señalar, que es precisamente *respecto a contratos definitivos de carácter real*, que el contrato de promesa tiene gran utilidad. Al respecto, dice Messineo que "la utilidad del [contrato] preliminar a un contrato real estriba en la posibilidad de preparar el contrato sin necesidad de la entrega de la cosa." (1986:359) Debe agregarse también la situación en donde es imposible entregar la cosa y, por ende, celebrar el contrato, pero ya se tiene la intención de crear una obligación.

IV. Conclusiones

Contrariamente a lo señalado respecto a los argumentos en contra, debe decirse que los **argumentos a favor** de la posibilidad de celebrar contratos de promesa para la celebración de futuros contratos reales, se encuentran correctamente fundamentados: tanto el principio de la autonomía de la voluntad como la regla general del consensualismo en material contractual, son elementos decisivos para la solución del problema

en cuestión, puesto que el sistema de derecho contractual guatemalteco los recoge y consagra de manera general. Además, la regulación del contrato de promesa en el Código Civil es suficientemente claro respecto a los siguientes puntos:

- Se acepta la existencia de los contratos de promesa como contratos *distintos* de los contratos definitivos, a quienes preparan. Aunque su función consiste en preparar otro contrato, no es válido afirmar que se está ante el mismo contrato definitivo. Al tratarse de contratos distintos, nada impide que el primero sea de naturaleza consensual, mientras que el segundo sea de naturaleza real, en cuanto a su perfeccionamiento.

- El contrato de promesa en Guatemala es siempre un contrato consensual. La exigencia de la misma forma del contrato definitivo, para la celebración del contrato de promesa, no incluye a los contratos reales porque en estos últimos, la entrega de la cosa es una formalidad.

- La obligación que nace de un contrato de promesa es siempre *la celebración de un contrato futuro.* La prestación de esa obligación será siempre *hacer.* Cuando el contrato futuro sea un contrato real, ese *hacer* como prestación del contrato de promesa se concreta en dos acciones: manifestar la voluntad y entregar la cosa, ambas necesarias para el perfeccionamiento del contrato real.

- La ejecutabilidad del contrato de promesa sobre un contrato real no sigue, en virtud de los artículos **1683** y **1684** del Código Civil, la misma regla de todos los contratos que contengan una prestación de *hacer:* si el promitente se niega a contratar, el juez suplirá el consentimiento y otorgará la escritura para darle forma al contrato prometido. Si se tratare de una promesa sobre un contrato real, no sólo otorgará el juez la escritura respectiva, sino que puede exigírsele al promitente que entregue la cosa para que el contrato definitivo quede perfecto. Por estos motivos, debe también señalarse el hecho que la ejecución de un contrato de promesa sobre un futuro contrato real acarrea, en la práctica, mayores dificultades que la ejecución de cualquier otro contrato: en el caso específico de un contrato de promesa sobre un futuro contrato real, la prestación ejecutable, consistente en la ejecución de la prestación de *hacer,* es decir de celebrar el contrato definitivo, incluye en primer lugar el otorgamiento de la escritura correspondiente, y en segundo lugar, la entrega de la cosa, elemento indispensable para el perfeccionamiento del contrato real. Sin el cumplimiento de ambos requisitos, no se perfeccionará el contrato definitivo.

- El panorama de la ejecutabilidad del contrato de promesa sobre un futuro contrato real se ve modificado ante la existencia de arras penales o penitenciarias, pues cuando éstas se pactan, se entienden recibidas en calidad de compensación ante un probable incumplimiento. Por este motivo, no es posible solicitar su ejecución pues tácitamente se renunció a ésta con la recepción de las mencionadas arras.

V. Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo. s.f. *De los contratos.* Santiago de Chile, Temis, Editorial Jurídica de Chile. 223 págs.

Borda, Guillermo. s.f. *Tratado de derecho civil.* 4ª ed. Buenos Aires, Perrot. Tomo II.

Cabanellas, Guillermo. 1976. *Diccionario de derecho usual.* 11ª ed. Buenos Aires, Heliasta. Tomo II.

Castán Tobeñas, José. 1974. *Derecho civil español, común y foral.* 11ª ed. Madrid, Reus. Tomo III.

Díez-Picazo, Luis. 1983. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 2ª ed. Madrid, Tecnos. Tomo I.

Díez-Picazo, Luis. 1993. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 4ª ed. Madrid, Civitas. Tomo I.

Iglesias, Juan. 1993. *Derecho romano, historia e instituciones.* 11ª ed. Barcelona, Ariel. 662 págs.

Maine, Henry Sumner. 1861. *Ancient Law.* U.S.A, Dorset Press, 344 págs.

Messineo, Francesco. 1971. *Manual de derecho civil y comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo IV.

Messineo, Francesco. 1986. *Doctrina general del contrato.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo I.

Ospina Fernández, Guillermo. 1994. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos.* 4ª ed. Santa Fe de Bogotá, Temis. 621 págs.

Petit, Eugene. 1997. *Tratado elemental de derecho romano.* 13ª ed. México D.F., Porrúa. 717 págs.

Rezzónico, Juan Carlos. 1999. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Astrea.604 págs.
Sánchez Medal, Ramón. 1994. *De los contratos civiles*. 13ª ed. México D.F., Porrúa. 617 págs.
Spota, Alberto G. 1974. *Instituciones de derecho civil*. Buenos Aires, Depalma. Tomo I.
Valverde y Valverde, Diego C. 1937. *Tratado de derecho civil español*. 4ª ed. Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta. Tomo III.

Legislación
Constitución Política de la República de Guatemala, decretada el 31 de mayo de 1985 por Asamblea Nacional Constituyente.
Código Civil de Guatemala, Decreto-ley 106 de Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.
Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

"EL EGOÍSMO, DESDE LUEGO, INFLUYE DE MODO SEÑALADO SOBRE EL ACTUAR DE LOS HOMBRES; AHORA BIEN, ES LA OPINIÓN PÚBLICA LA QUE DETERMINA LAS MANIFESTACIONES DE TAL EGOÍSMO Y, EN GENERAL, TODOS LOS NEGOCIOS HUMANOS."

(David Hume)

MARÍA XIMENA ORDÓNEZ ORELLANA [1]

El Idioma y la Contratación

Sumario:

Antecedentes
I. Lenguaje, lengua e idioma
II. Lenguaje e idioma en el ordenamiento jurídico guatemalteco
III. El idioma en el derecho privado
IV. Conclusiones
V. Bibliografía

Antecedentes

Este trabajo tiene como objeto, la presentación y análisis del *idioma* dentro de la contratación civil y mercantil. Para ello, se hará una exposición de las normas que regulan lo referente al mismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Finalmente se buscará responder a ciertas preguntas que surgen del análisis de dichas normas.

I. Lenguaje, lengua e idioma

Previo al análisis de las normas señaladas, explicaré qué significan y en qué se diferencian los términos *lenguaje, lengua e idioma*. Fernando Carreter define lenguaje como la "facultad que el hombre posee de poder comunicar sus pensamientos. Cualquier sistema que sirve al hombre para el ejercicio de dicha facultad." (1953:221) A su vez, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como "conjunto de señales que dan a entender algo." (2001:1363-64) La lengua, en cambio, es definida por Carreter como el "sistema de signos orales (y equivalentes escritos) que utiliza una comunidad para expresarse." (1953:342) El Diccionario de la Real Academia Española lo define como el "sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana." (2001:1362-63). De estas definiciones se deduce que la lengua es una especie de lenguaje, y que este último es más amplio, pues comprende todo tipo de comunicación, la cual no necesariamente se llevará a cabo por medio de signos orales o escritos. Por esto, puede hablarse de lenguaje corporal, visual, táctil, etc. En cambio la lengua implica necesariamente un sistema lingüístico considerado en su estructura.

Finalmente, *idioma* es definido por Carreter como el "término que alterna con el de lengua, referido a las lenguas nacionales modernas [...]." (1953:185) Carreter explica que, una vez una lengua se encuentra sustancialmente diferenciada[2], puede ser considerada como un *idioma*. En concordancia con esta definición, Joan Corominas define *idioma* como el "lenguaje propio de una nación." (1967:338) Por lo tanto, la relación existente entre los conceptos mencionados es una relación de género a especie: el idioma es una especie de lengua, y ésta a su vez es una especie de lenguaje. Es por este motivo que los términos lenguaje, lengua e idioma no pueden ni serán tratados como sinónimos en el presente trabajo.

II. Lenguaje e idioma en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Existen varias normas vigentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco, que contienen disposiciones acerca del idioma y lenguaje en Guatemala. A continuación se presentan dichas normas, y un comentario acerca de su significado y alcance.

1. La Constitución Política de la República de Guatemala señala en el artículo 143, que "el

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria egresada de la Universidad Francisco Marroquín.

2 Los criterios para determinar esa diferenciación son: extensión del dominio de esa lengua, número de hablantes, cultivo literario, entre otros.

idioma oficial de Guatemala, es el español. Las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación."

Ya que esta norma establece al español como idioma oficial de la República de Guatemala, es conveniente definir qué se debe entender por *idioma oficial.*[3] Dado que no existe, en la ley, definición alguna acerca de qué deba entenderse por este término, y puesto que tampoco existe jurisprudencia respecto a este tema[4], acudiré -tal y como lo prescribe la Ley del Organismo Judicial, artículo 11- al Diccionario de la Real Academia Española, que define idioma como "lengua de un pueblo o nación, o común a varios" (2001:1246) A su vez, define *oficial* así: "que es de oficio, o sea que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no de particular o privado." (2001:1611) Por su parte, Cabanellas lo describe como "en cada nación, el único lenguaje que ha de emplearse en las leyes, órdenes, en el Ejército, en las relaciones de trabajo (con determinada tolerancia por los dialectos o giros locales en este caso) y, en tiempo de guerra, el exclusivo en las comunicaciones telegráficas, telefónicas, incluso de carácter privado." Con base en estas explicaciones doctrinarias puede decirse, que en virtud del artículo 143 de la Constitución, el idioma español debe ser, imperativamente, el idioma utilizado para todos los actos realizados por los organismos del Estado a través de los funcionarios y empleados públicos. Es así como, con base en esta norma constitucional, las leyes deben promulgarse y publicarse en el idioma español. Es así, también, como toda actuación dentro de los tribunales de la República, debe sustanciarse en idioma español, entre otros ejemplos.

2. En concordancia con lo establecido en la Constitución, la Ley del Organismo Judicial establece en el artículo **11: "Idioma de la ley.** El idioma oficial es el Español. [...]" [5] el contenido de esta norma es idéntico a lo establecido en la Constitución, por lo que aplica el mismo análisis presentado anteriormente. El artículo 37 prescribe, además, que "para que sean admisibles los documentos provenientes del extranjero que deban surtir efectos en Guatemala, [...] si los documentos están redactados en idioma extranjero deben ser vertidos al Español bajo juramento por traductor autorizado dentro la República; [...]."

3. El Código de Notariado prescribe, por su parte, en el artículo **13**, que "En el protocolo deben llenarse las formalidades siguientes: 1. Los instrumentos públicos se redactarán en español y se escribirán a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas. [...]"

Más adelante se describirán las implicaciones, en materia contractual, de esta norma.

4. La Ley de Protección al Consumidor y Usuario prescribe en el artículo 15: "**15.- Obligaciones.** Sin perjuicio de las contenidas en otras leyes, son obligaciones de los proveedores: [...]

   f) Utilizar el idioma español en las especificaciones del contenido, manejo, uso, fecha de producción, de vencimiento y demás indicaciones de los productos que se ofrecen al público.

   g) Traducir al idioma español las especificaciones completas de los productos importados que las traigan impresas en idioma extranjero, así como identificar plenamente al importador. [...]

Más adelante se explicará el significado y alcance de este artículo.

3 Es interesante el hecho que esta norma diferencia entre ***idioma*** oficial y ***lenguas*** vernáculas. Como se dijo anteriormente, lo característico de un idioma es su aferramiento al concepto de *nación*. Por lo tanto, al hablar de *lenguas vernáculas*, no se está reconociendo el carácter nacional de los dialectos hablados por los distintos pueblos indígenas.

4 La Corte de Constitucionalidad no se ha pronunciado, hasta el momento, respecto a este tema.

5 Llama la atención el hecho que, en el proyecto original de Ley del Organismo Judicial, el texto referido decía "el idioma *legal* es el Español." Para armonizar el texto con la norma constitucional referida, optaron por el término "oficial" en vez de "legal".

5. Finalmente, el Decreto número 1483 del Congreso de la República, Ley de Defensa del Idioma, regula en seis artículos cuestiones referentes a la utilización del idioma español en actuaciones de carácter oficial y en la publicidad. El artículo 1. prescribe: "Los documentos que correspondan a actuaciones de carácter oficial, así como todo nombre, enseña, rótulo, aviso de negocios o industria, y de artes, modas o deportes al alcance común, se dirán y escribirán en lengua española, salvo aquellos que por constituir nombres propios o nombres industriales foráneos, ni son traducibles ni convenientemente variables. En este último caso de marcas exóticas registradas, se indicará entre paréntesis su pronunciación correspondiente a su traducción, de ser posible, y siempre estarán en español las explicaciones pertinentes al objeto de la marca en cuestión." Sobresale, además, el artículo 3.- el cual señala que "Las oficinas administrativas se abstendrán de inscribir en sus registros a las industrias, negocios, asociaciones y sociedades, o actividades de otra índole que, sin estar comprendidas en las excepciones previstas por el artículo 1º, pretendan usar nombres escritos en idioma que no sea el español. Los funcionarios de las mencionadas oficinas si violaren tal precepto, serán multados de acuerdo con lo que estipula el artículo 2 de la presente ley.

III. El idioma en el derecho privado

En el ámbito del derecho privado, el Código de Comercio hace referencia al idioma en el artículo 671, que prescribe que *"Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español."*

El Código Civil, que contiene las normas generales del derecho contractual, omite el tema en cuestión. Antes de tratar el tema del idioma en la contratación civil, se analizará el artículo 671 del Código de Comercio para establecer cómo opera la relación entre idioma y contratación en el ámbito mercantil.

1. El artículo 671 del Código de Comercio

En concordancia con el espíritu del derecho mercantil, el cual tiende a estar, por naturaleza, desprovisto de formalidades, la norma enunciada señala que los contratos mercantiles, cualquiera que sea la forma *y el idioma* en que se celebren, obligan a las partes de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Este artículo establece, por lo tanto, la libertad en el uso de cualquier idioma para la contratación mercantil. Sin embargo, de manera aparentemente contradictoria, la norma continúa diciendo que "los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español." Si consideramos esta oración como una excepción a la regla general de libertad de idioma, esta última se vería circunscrita únicamente a los contratos celebrados fuera del territorio guatemalteco que vayan a surtir efectos dentro de Guatemala, o a los contratos celebrados dentro del territorio que vayan a surtir efectos fuera del mismo.

Todo contrato celebrado dentro del territorio, y que vaya a surtir efectos en el mismo, debe extenderse en idioma español. ¿Significa esto que dichos contratos deben *celebrarse* en idioma español? Considero que no. El motivo es el siguiente. Debe diferenciarse entre *celebrar* un contrato y *extenderlo.* Por *celebración* de un contrato, se entiende el acto jurídico, la acción que los contratantes realizan por medio de la cual surge una obligación de carácter patrimonial. En el caso de los contratos consensuales, que son la regla general en el derecho civil y en el derecho mercantil, la celebración de un contrato se da con la *confluencia de las declaraciones de voluntad*, las cuales al ser manifestadas, perfeccionan el contrato y tienen como resultado un acuerdo para la creación, modificación o extinción de una obligación. Cuando se trata de contratos reales, la celebración de un contrato implica la declaración de voluntad de ambas partes y, para que se perfeccione, la entrega de la cosa. En los contratos solemnes la celebración del contrato implica la declaración de voluntad *mediante una forma determinada:* en la legislación guatemalteca, por medio de escritura pública. En cambio, al hablar de *extender un contrato*, se está haciendo referencia al

acto de su *documentación*. Díez-Picazo define la documentación de un contrato como "la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato." (1983:188) Lo relevante de esto consiste en que la documentación de un contrato puede o no coincidir, cronológicamente, con el momento de la celebración del contrato. Puede documentarse un contrato en el momento de su celebración, o con posterioridad a ésta, especialmente cuando se trata de contratos consensuales. Al respecto, señala Díez-Picazo que "el documento puede ser considerado como la exterior representación del contrato o como el contrato mismo, pero puede ser también un instrumento [...] yuxtapuesto o añadido a posteriori, para recoger, fijar y conservar un contrato celebrado con anterioridad." (1983:189) El Diccionario de la Real Academia Española es concorde con esto, al definir el verbo *extender* como "poner por escrito y en la forma acostumbrada una escritura, un auto, un despacho, etc. Hacer por escrito o de palabra la narración o explicación de algo, dilatada y copiosamente." (2001:1024) De todo esto se deduce que celebrar y extender un contrato son conceptos distintos, que pueden concurrir en un mismo momento, o pueden no hacerlo.

Por lo tanto, hecha esta aclaración conceptual respecto a los términos utilizados en el artículo 671 del Código de Comercio, procede ahora señalar su aplicación en cuanto a cada tipo de contrato en particular.

- Respecto a los contratos consensuales, rige la regla general de libertad de idioma respecto a su celebración. Una vez exteriorizadas las voluntades y alcanzado el acuerdo, sea en el idioma que fuere, el contrato es perfecto. Si se trata de un contrato celebrado en territorio guatemalteco, que ha de surtir efectos dentro del mismo, este contrato deberá extenderse en idioma español con posterioridad a su celebración, o en el momento de ésta.

- Respecto a los contratos solemnes, por requerir necesariamente del otorgamiento de escritura pública[6], rige lo establecido en el artículo 13 del Código de Notariado. Por tratarse de un instrumento público *debe* redactarse en español para la validez del instrumento.

- En cuanto a los contratos formales, específicamente los que requieren de la forma escrita *para su validez,* como lo son, entre otros, el compromiso y la fianza, también rige el principio de libertad de idioma. Ya que lo que se exige en estos contratos es que las declaraciones de voluntad consten en forma escrita para la *validez* de los mismos, basta con cumplir este requisito, *no importa el idioma que las partes hayan utilizado en esa forma escrita.* El contrato estará perfecto una vez manifestadas por escrito las declaraciones de voluntad. Nuevamente, si se trata de un contrato celebrado en Guatemala y que vaya a surtir efectos dentro del territorio, deberá extenderse el mismo en idioma español, pero sólo para su presentación en el ámbito público; siendo que el contrato *ya existía* aún al estar extendido únicamente en otro idioma distinto al español. Lo mismo sucede respecto a los contratos formales *ad probationem,* en donde el medio escrito opera únicamente como medio de prueba.

- Finalmente debe decirse que, respecto a contratos mercantiles celebrados en el extranjero y que hayan de surtir efectos en Guatemala, si fueron extendidos en un idioma distinto al español, es necesario verterlos al español para que éstos puedan ser presentados ante cualquier órgano público del Estado, tal y como lo prescribe el artículo 37 de la Ley del Organismo Judicial. *Sin embargo, la traducción al idioma español no constituye un requisito necesario para la validez y existencia de estos contratos.*

6 Esto de acuerdo con el artículo 1577 del Código Civil, el cual establece que "deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez." En este caso, tanto el acto de celebrar un contrato como el de extenderlo, se condensan en un mismo momento: el otorgamiento de escritura pública.

2. ¿Por qué deben, entonces, extenderse en español?

La exigencia de que los contratos sean extendidos en idioma español tiene utilidad para el caso en que sea necesario *ejecutar* el contrato en los tribunales del Organismo Judicial, o para su presentación, por cualquier motivo que fuere, en un registro u órgano público. Dado que el idioma oficial es el español, todo acto jurisdiccional o administrativo debe sustanciarse en español, motivo por el cual sería imposible presentar en los tribunales o en órganos administrativos un contrato escrito en idioma extranjero. Por lo tanto, el requisito de extender los contratos en idioma español tiene sólo una finalidad pública y no determina la validez o existencia de un contrato entre las partes.

Se ha expuesto lo relativo al idioma en la contratación mercantil, con base en el análisis e interpretación del artículo 671, el cual contiene una norma que expresamente regula el tema en cuestión, norma que ha debido interpretarse y aclararse debido a lo confuso que puede llegar a ser su redacción. Antes de analizar lo relativo al idioma en la contratación *civil,* se explicará el significado del artículo 15 f) y g) de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

El mencionado artículo establece la obligación de todo proveedor de presentarle al público las especificaciones de los productos que venda, en *idioma español.* Esto significa que, para el ámbito de la contratación mercantil en masa, se establece un requisito adicional para la contratación, consistente en que la descripción de los productos ofrecidos a los consumidores, debe hacerse en idioma español. Esto no obsta para que los contratos en referencia se celebren en otro idioma distinto al español, por lo que la referida norma no es una limitante a la libertad de usar cualquier idioma en la contratación mercantil.

3. El idioma en la contratación civil

A diferencia de la legislación mercantil, el Código Civil no contiene ninguna norma que haga referencia al idioma que debe utilizarse en la contratación. Surge así, la pregunta de si es posible contratar en un idioma distinto al español. Los motivos para dudarlo y responder negativamente a esa pregunta, se fundamentan en los siguientes argumentos.

a . La Constitución establece, en su artículo 143, que el idioma oficial de Guatemala es el español. Lo mismo señala la Ley del Organismo Judicial en el artículo 11, y el Código de Notariado exige, en el artículo 13, el requisito del idioma español para todo instrumento público. Por este motivo, a falta de especificación en el Código Civil, debe utilizarse el idioma español para la contratación civil, observándose así el principio de jerarquía normativa y prevalencia de la Constitución como norma fundamental.

Apoyo mi **crítica** a este enunciado, en los siguientes argumentos. En primer lugar, se le está dando al término "idioma oficial" un significado más amplio que el que en realidad tiene. De acuerdo con las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española y de otros juristas y lingüistas, citados al inicio de este trabajo, el establecimiento de un idioma oficial implica su utilización en el ámbito de la actuación de los organismos del Estado. Es por esto que las leyes deben redactarse en idioma español; así también toda actuación en los tribunales debe ser en idioma español, desde una demanda hasta la respectiva sentencia, por citar algunos ejemplos. Sin embargo, no puede decirse que la existencia de un idioma oficial obligue a realizar todo acto jurídico en este idioma. En el caso de los contratos en particular, por tratarse de negocios jurídicos realizados dentro del ámbito del *derecho privado*, debe prevalecer la voluntad de las partes, y si las partes han decidido que desean contratar en otro idioma distinto al español, son libres para ello en virtud del derecho constitucional de libertad de acción, contenido en el artículo 5 de la Constitución, el cual señala que "toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. [...]"

b . El segundo enunciado en contra de la libertad de idioma en el ámbito de la contratación civil señala, que si la libertad de idioma fuese la regla general en todo el derecho contractual, no hubiera habido necesidad de insertar el artículo 671 en el Código de Comercio. Por el contrario, esta norma se incluyó precisamente para establecer la libertad de idioma *en el derecho mercantil*, el cual por naturaleza se rige por principios más flexibles que el derecho civil. Este último debe regirse por la

disposición constitucional que señala que el idioma oficial es el español.

Este enunciado se refuta con el siguiente razonamiento. Si fuese el caso que la existencia del idioma oficial, establecido en el artículo 143 de la Constitución, significara que debe contratarse en idioma español, entonces este principio regiría no sólo para el derecho civil *sino para el derecho mercantil también,* sin importar la existencia del artículo 671 del Código de Comercio, el cual sería a todas luces inconstitucional por contravenir una norma de jerarquía superior. Por lo tanto, si la existencia de un idioma oficial no contradice la libertad de idioma establecida en el derecho mercantil, tampoco impide que este principio exista en el derecho civil, aún y cuando no ha sido enunciado de manera expresa.

Veamos, entonces, qué normas del Código Civil pueden servir de fundamento para argumentar que sí existe libertad de idioma en este ámbito.

- El artículo **1517** señala que "hay contrato cuando dos o más personas **convienen** en crear, modificar o extinguir una obligación." Al respecto, cabe decir que si dos personas han llegado a un convenio, sin importar en qué idioma lo hayan hecho, se está cumpliendo con lo establecido en la norma citada. A su vez, el artículo 1251 establece que "el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, **consentimiento** que no adolezca de vicio y objeto lícito." Esta norma, al enumerar los requisitos para la validez del negocio jurídico, señala que es necesario el consentimiento. Este consentimiento puede ser expresado en cualquier idioma, que igualmente seguirá siendo consentimiento, por lo que también se estaría cumpliendo con el requisito señalado por esta norma, incluso con la utilización de otro idioma.

- El Código Civil, al regular las formas en que puede manifestarse la voluntad, señala que ésta puede darse de manera expresa, tácita o presunta. De acuerdo con Díez-Picazo, la manifestación expresa de la voluntad se da "cuando el declarante se comunica con el destinatario de su declaración por medio de signos idóneos para hacer llegar a éste su pensamiento." (1983:112) De esto resulta, que habrá manifestación expresa de voluntad cuando se utilice un *lenguaje* que comunique al destinatario la voluntad, por medio de su exteriorización. Sin embargo, ese lenguaje como medio de declaración de voluntad no necesariamente será una lengua o un idioma. Puede haber una declaración expresa de voluntad por medio de signos inequívocos y acostumbrados, tales como levantar la mano en una subasta, indicar con la cabeza un "sí", etc. La manifestación tácita de voluntad consiste en aquella en la cual, sin existir una comunicación a través de signos de lenguaje oral o escrito, la persona realiza actos o se comporta de tal manera que permita a la otra parte saber que existe la voluntad de contratar. Finalmente, la manifestación presunta es aquel tipo de manifestación que la ley define expresamente como tal. Lo relevante de todo esto es que, al reconocer la ley la manifestación expresa de voluntad por medio de lenguaje que no necesariamente sea una lengua o un idioma, así como la manifestación tácita de voluntad, está permitiendo la celebración de contratos *sin la utilización de idioma alguno.* Y si ni siquiera es necesaria la utilización de un idioma para poder celebrar un contrato, *mucho menos* constituye una exigencia, el que éste se celebre en el idioma oficial.

- Finalmente debe decirse, que a falta de una norma que expresamente prohíba el uso de idiomas distintos al español, debe regir el principio constitucional de libertad de acción, contenido en el artículo 5 de la Constitución, anteriormente transcrito.

IV. Conclusiones

El establecimiento del idioma español como idioma oficial de Guatemala, por disposición constitucional, no significa que en el derecho contractual deba utilizarse el español como única lengua para la celebración de contratos entre las partes. La existencia de un idioma oficial tiene relevancia, únicamente, para la realización de actos dentro de los distintos organismos estatales, es decir, para el ámbito público.

Existe plena libertad de utilizar cualquier idioma en la contratación, tanto civil como mercantil. En esta última rama del derecho, hay una norma expresa –artículo 671 del Código de Comercio– que establece la libertad de idioma para *celebrar contratos*, lo cual no contraviene la exigencia de que aquellos contratos

celebrados en Guatemala y que vayan a surtir efectos allí, deban extenderse en español, es decir, *documentarse* en español.

En el ámbito mercantil, específicamente en cuanto a la contratación en masa, se exige como requisito el que la descripción del producto ofrecido al consumidor se realice en idioma español, tal y como lo establece la Ley de Protección al Consumidor. Esto no obsta para que estos contratos puedan celebrarse en otro idioma distinto al español.

Aunque en el Código Civil no hay una norma expresa al respecto, existe plena libertad de idioma para la celebración de contratos. Sin embargo, al igual que en el ámbito mercantil, se requiere que un contrato celebrado en otro idioma, sea extendido en español para poder ser presentado en cualquier oficina pública u organismo del Estado, como se daría, por ejemplo, cuando se pretendiese ejecutar un contrato en los tribunales guatemaltecos.

V. Bibliografía

Cabanellas, Guillermo. 2001. *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* 27º ed. Buenos Aires, Heliasta. Tomo IV.

Carreter, Fernando Lázaro.1953. *Diccionario de términos filológicos.* Madrid, Gredos. 368 págs.

Corominas, Joan. 1967. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana.* 2º ed. Madrid, Gredos. 627 págs.

Diccionario de la lengua española. 2001. Real Academia Española de la Lengua. 22º ed. Madrid, Espasa-Calpe. 2 tomos.

Díez-Picazo, Luis.1983. *Fundamentos de derecho civil patrimonial.* 2º ed. Madrid, Tecnos. 889 págs.

Martinet, André. 1970. *Elementos de lingüística general.* Traducción de Julio Calonge Ruiz. 2º ed. Madrid, Gredos. 273 págs.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada por Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil, Decreto-ley 106 de Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código de Notariado, Decreto Número 314 del Congreso de la República.

Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Defensa del Idioma, Decreto Número 1483 del Congreso de la República.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto 6-2003 del Congreso de la República.

"TODO AQUELLO QUE RESULTA SER GRANDIOSO E INSPIRADOR ES CREADO POR INDIVIDUOS QUE PUEDEN TRABAJAR EN LIBERTAD."

(Albert Einstein)

“NADA ES MÁS FÉRTIL EN PRODIGIOS QUE EL ARTE DE SER LIBRE, PERO NADA HAY MÁS ARDUO QUE EL APRENDIZAJE DE LA LIBERTAD…LA LIBERTAD, GENERALMENTE, SE ESTABLECE CON DIFICULTADES, EN MEDIO DE TORMENTAS; VIENE PRECEDIDA POR DISCORDIAS CIVILES Y SUS BENEFICIOS NO PUEDEN CONOCERSE HASTA QUE SE HACEN VIEJOS.”

(A. de Toqueville)

ANDREA BOLAÑOS, PASCUAL MÉNDEZ-HERBRUGER Y EDUARDO CALDERÓN[1]

Caso Hipotético: Cine, Felanuma y otras entidades vs. Estado de Esmeralda[2]

Sumario

I. Antecedentes
II. Los Pueblos Indígenas de Esmeralda: Antecedentes
  A. El Pueblo Lanta
  B. El Pueblo Numa
III. Protección legal en Esmeralda de los derechos de los pueblos indígenas
IV. Hechos del caso
V. Etapas y desarrollo del proyecto
  A. La licitación y las consultas
  B. Aprobación de las Evaluaciones de Impacto Ambiental y Social (EIAS)
VI. Acciones administrativas y judiciales
VII. Tratamiento ante los órganos del sistema interamericano

Memorial de Contestación

1. Excepción preliminar de falta de competencia Ratione Materiae
  1.1. Falta de Competencia de la Honorable Corte y de la Comisión para conocer de la supuesta violación al Protocolo
  1.2. Falta de Competencia de la Honorable Corte para conocer de la supuesta violación a la Declaración
2. Excepción preliminar de falta de agotamiento de Recursos Internos
  2.1. Falta de Agotamiento de los recursos internos por no haber presentado la supuesta violación del Protocolo ante el Tribunal Federal
  2.2. Falta de Agotamiento de los recursos internos por no haber presentado la acción de mandato de seguridad.
3. De la supuestas violaciones a la Convención, a la Declaración y al Protocolo
  3.1. Supuesta violación del artículo 21 de la Convención, 11 del Protocolo y XIII de la Declaración
  3.2. De la supuesta violación a los artículos 1, 23 y 25 de la Convención
  3.3. De la supuesta violación a los artículos 3 y 23 de la Convención

I. Antecedentes

Esmeralda es un país latinoamericano con una población aproximada de 25 millones de habitantes. Su economía es relativamente diversificada y desde comienzos de los años sesenta ha mantenido una secuencia ininterrumpida de gobiernos constitucionales y su sistema de justicia es respetado.

En los últimos años ha aumentado el desempleo y los índices de pobreza, así como la capacidad del Estado para mantener dichos subsidios. Las autoridades han adoptado una estrategia de realizar proyectos de prospección y extracción de hidrocarburos del subsuelo, a fin de incrementar los escasos ingresos del país. Uno de estos proyectos, el Proyecto Santa Ana (PSA) de prospección y explotación de las reservas de petróleo y gas, podría ocasionar un sustancial repunte de la economía, lo que, una vez completado, podría traducirse en un aumento anual del PIB del 2% durante los próximos diez años, o al menos hasta agotarse los recursos.

En virtud de la Constitución de 1972, los recursos del subsuelo se nacionalizaron pasando a ser constitucionalmente propiedad del Estado. En la misma Constitución se reconoce a los pueblos indígenas de Esmeralda su carácter de pueblos originarios preexistentes al Estado.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Estado son autoejecutables. Asimismo, son parte integrante de la propia Constitución y, por consiguiente, forman parte de la legislación nacional. Esmeralda ha ratificado sin reserva los instrumentos del Sistema Interamericano, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esmeralda ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana y los pactos universales de

1 Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.
2 Caso hipotético de la competencia de Derechos Humanos, American Univerisity. Washington D.C.

derechos humanos, así como numerosos convenios, entre ellos el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

II. Los Pueblos Indígenas de Esmeralda: Antecedentes

Aproximadamente un 12% de la población de Esmeralda son indígenas, la mayoría de ellos organizados en pueblos y aldeas comunitarias en zonas selváticas. A continuación se dan detalles de aquellos que habitan en la zona objeto del caso.

A. El Pueblo Lanta

El pueblo Lanta es uno de los más antiguos de los que habitan en lo que es hoy Esmeralda. Si bien siguen siendo un pueblo fundamentalmente cazador, recolector y agrícola de subsistencia, han establecido vínculos normales con el Gobierno que llevaron a su reconocimiento y a la titulación colectiva de sus tierras en 1985. El Estado, con la cooperación de los Lanta, ofrece servicios de educación primaria bilingüe y servicios primarios de atención de la salud en las comunidades, así como acceso al hospital regional. No obstante, tanto la calidad de estos servicios como los equipos utilizados para brindarlos son muy inferiores a los que se ofrecen en zonas urbanas. Por último, los servicios de justicia y policía son ejercidos por la misma comunidad, interviniendo las autoridades nacionales sólo cuando son afectados intereses de terceros, sean éstos públicos o privados. El pueblo Lanta comprende un total aproximado de 2,500 miembros. Diez de estas aldeas comunitarias se encuentran en la zona designada para el proyecto Santa Ana, seis se sitúan en las riberas del Río Santa Ana y el resto a lo largo de las afluentes de ese río.

Cada comunidad cuenta con sus autoridades tradicionales propias, quienes se reúnen en Asamblea General que es la autoridad central del Pueblo Lanta, desde donde coordinan sus relaciones globales con el mundo exterior y, en particular, con el Estado.

B. El Pueblo Numa

Pertenecían originalmente al pueblo Lanta pero a raíz de disensiones internas se separaron en la década de los años sesenta. Con una población total de aproximadamente 800 personas, seis de esas comunidades están asentadas en el área aledaña al sitio controlado directamente por el Proyecto Santa Ana. El Consejo Numa es la autoridad mayor del pueblo, con funciones similares a la Asamblea General Lanta aunque más informal ya que no se reúne regularmente en fechas fijas, no lleva actas de sus reuniones, y las decisiones requieren consenso. Al no haber reconocido a los Numa como "pueblo" el Estado no reconoce oficialmente a este Consejo.

En el procedimiento administrativo de reconocimiento del pueblo Numa, el Estado sostuvo que los Numa no reunían las condiciones para ser declarados oficialmente como "pueblo". A su vez, el Estado sostuvo que en 1985, cuando se demarcaron y titularon sus tierras, las autoridades de la Asamblea General del Pueblo Lanta aceptaron los límites de la reserva como adecuados. Este procedimiento se viene desarrollando en forma lenta, y con frecuencia ha sido retrasado por los estudios y peritajes que han solicitado tanto las autoridades como el pueblo Numa.

III. Protección legal en Esmeralda de los derechos de los pueblos indígenas

En Esmeralda existe la ley 555-76 que confiere derechos específicos a los pueblos indígenas y establece procedimientos para su reconocimiento y garantía por el Estado. Dicha ley define el concepto de "pueblo indígena". La misma ley establece procedimientos para llevar a cabo las consultas necesarias sobre todo programa, proyecto, plan o acción que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas, en cumplimiento de la obligación de consulta previa reconocida en el Convenio 169 de la OIT.

IV. Hechos del caso

El área general en que se encontraría el yacimiento de petróleo es habitada por dos pueblos indígenas, el pueblo Lanta, cuyas tierras han sido demarcadas y tituladas desde 1985, y el pueblo indígena Numa, no reconocido aún como "pueblo" por el Estado y cuyo territorio está en proceso de reclamación.

La ley de Explotación de Hidrocarburos de 1995 indica la secuencia de pasos a seguir en la ejecución de un proyecto de este tipo y establece a grandes rasgos los siguientes procedimientos:

- Licitación,
- Selección de la empresa o grupos de empresas concesionarias,
- Después de presentado el Estudio de Impacto Ambiental y Social (EIAS) se da un período para evaluación y comentarios ante el Ministerio competente,
- El Estado decide si pueden empezar los trabajos en el terreno,
- Se empieza la prospección sísmica del lote para determinar el punto de explotación.
- Comenzará la preparación para campamentos, plataformas de perforación, etc.

El lote de la licitación es un cuadrilátero de 100,000 ha. de superficie. De conformidad con la ley de 1995 de explotación de hidrocarburos, la prospección sísmica debe cubrir toda la superficie del lote. Una vez ubicado el yacimiento, la superficie del lote se reduce sustancialmente a un 1% del lote.

V. Etapas y desarrollo del proyecto

A. La licitación y las consultas

La licitación del Proyecto Santa Ana es ganada por el Grupo Intertropic de capitales privados locales asociados con empresas internacionales con experiencia en el rubro de hidrocarburos. El gobierno inicia inmediatamente consultas con las distintas comunidades afectadas y, en particular, con las indígenas. Las consultas indígenas se realizan primeramente con las tres grandes asociaciones indígenas: CINE, LILANTA que representa a dos tercios de las comunidades Lanta, y FELANUMA, una federación Lanta y Numa que abarca la mitad de las comunidades Lanta y la mayoría de las comunidades Numa. Estas federaciones son organismos no gubernamentales técnico-políticos. Asimismo, se realizan reuniones de información y consulta con las comunidades individualmente. En las consultas con las diversas autoridades comunitarias, los representantes de la Compañía son presentados por funcionarios del Estado, quienes explican el motivo de la consulta y sus alcances, las obras que incluirá el proyecto, las salvaguardias que se espera poner en práctica, los daños temporarios o cambios definitivos que implicará sobre el hábitat, etc. La participación en estas sesiones de consulta es libre, y las autoridades comunitarias presiden la reunión y sintetizan la opinión grupal. Representantes y técnicos de CINE, LILANTA y FELANUMA estuvieron presentes durante estas consultas.

B. Aprobación de las Evaluaciones de Impaeto Ambiental y Social (EIAS)

La Compañía completa los EIAS requeridos por ley, las presenta al MIDESEN y las mismos se publican y se ponen a consideración del público. Este período de análisis y comentarios debe durar no menos de cuatro meses, durante los cuales las ONG y organismos públicos pueden efectuar comentarios y presentar objeciones.

Se empieza a crear una fuerte tendencia crítica en algunas organizaciones indígenas, ambientalistas y de derechos humanos objetando el avance de la aprobación del mismo. Lideran este grupo LILANTA y los Defensores del Bosque. Estos proponen suspender el proceso de aprobación y ejecución hasta tanto el Estado negocie y acuerde con los pueblos indígenas respecto al acceso a los recursos del subsuelo, adopte las medidas necesarias para garantizar esos derechos y cree los mecanismos efectivos para la protección del medio ambiente.

Un mes después de completarse los cuatro meses para comentarios y objeciones, el Estado aprueba las EIAS y autoriza que empiecen los ensayos sísmicos de prospección.

VI. Acciones administrativas y judiciales

En octubre de 2001, los peticionarios presentan al MIDESEN una solicitud administrativa pidiendo que se anule la aprobación de las EIAS. Esta petición se rechaza, y por lo tanto, se confirma la aprobación de las EIAS.

En febrero de 2002, los peticionarios llevan el caso ante el Tribunal Federal, basándose en los mismos argumentos de hecho y de derecho presentados ante el MIDESEN:

a. La propiedad y los derechos de los pueblos indígenas serían vulnerados por la exploración y explotación.

b. El pueblo Numa aún no ha sido reconocido como tal, por lo que se vería imposibilitado para defender sus derechos.
c. Las EIAS no debieron aprobarse debido a que las consultas fueron realizadas precipitada y prematuramente.

El Tribunal Federal rechazó dicha petición argumentando que no existían razones para aceptarlo, toda vez que los derechos de los distintos pueblos afectados habían sido respetados en los trámites de aprobación del Proyecto y de las EIAS pues el Gobierno había seguido los trámites legales prescritos. Señaló también que los peticionarios no probaron que había habido daños o que existirían daños irreparables a raíz de esos actos administrativos o del Proyecto. Adicionalmente, los peticionarios consideran que el Estado ha violado la Constitución, la ley 555-76, la reglamentación sobre consultas, la Convención, la Declaración y el Convenio 169.

Los peticionarios argumentan que la integridad física y mental de los habitantes nativos del área reclamada para el PSA se verá en peligro, pues la apertura de la trocha del derecho de vía para construir el gasoducto permitirá la entrada de colonos no indígenas. Asimismo, solicitan al juez que dicte medidas de "no hacer" por parte del Estado, con el fin de suspender el PSA. Después de seguir todo el trámite legal, el Tribunal Federal rechaza la demanda.

La decisión tomada por el Tribunal Federal es apelada ante la Cámara de Apelaciones, la cual aprueba el pedido de las medidas de "no hacer" (rechazado por el Tribunal Federal) hasta que se complete el reconocimiento del pueblo Numa. Los peticionarios se ven beneficiados por la decisión de la Cámara de Apelaciones, en tanto que su decisión revoca la aprobación de las EIAS y ordena el reconocimiento formal del pueblo Numa.

El Gobierno apela la decisión de la Cámara de Apelaciones por medio de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema. El Estado sostiene que el proceso de reconocimiento del pueblo Numa no se verá perjudicado por la construcción del PSA y que el mismo no atenta ni contra la vida ni contra la integridad de sus miembros. Argumenta el Estado que el PSA debe continuar pues suspenderlo afectaría su derecho a explotar los recursos del subsuelo, así como el interés público general de gozar de los beneficios del Proyecto. El Estado argumenta que el PSA beneficiará a toda la sociedad y facilitará la recuperación industrial y reducirá las tensiones de carácter político, económico y social.

La Corte Suprema falla a favor del Estado (de manera contraria a la decisión de la Corte de Apelaciones), confirmando la decisión del Tribunal Federal.

VII. Tratamiento ante los órganos del sistema interamericano

El 2 de enero de 2003, los peticionarios llevan el caso ante la Comisión argumentando que Esmeralda no ha respetado:

a. Los artículos 5 y 21 de la Convención, los artículos XI y XIII de la Declaración, los artículos 10 y 11 del PSS; todos ellos con relación a los derechos a los recursos naturales del subsuelo de las tierras indígenas, a los daños a su hábitat y su integridad y estilo de vida.
b. Los artículos 1, 16, 23 y 25 de la Convención con relación a la falta de adecuada participación en el proceso de concesión del PSA y de aprobación y consulta de las EIAS.
c. Los artículos 3 y 23 de la Convención con relación a la falta de reconocimiento y a la titulación de tierras del pueblo Numa.
d. Los artículos 5, 6, 7, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 con relación a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, recursos naturales y la obligación del Estado de brindarles protección especial.

La Comisión declara admisible el caso en marzo de 2003 y colabora con los peticionarios y el Estado para llegar a una solución amistosa, la cual no se logra debido a que el Gobierno señaló que los derechos de los indígenas habían sido escrupulosamente respetados y que los procesos de consulta con los pueblos indígenas asentados en el área de la explotación eran adecuados y estaban en pleno funcionamiento.

En su sesión de septiembre de 2003, la Comisión emite un informe sobre el fondo del caso declarando que:

a. Esmeralda ha violado el artículo 21 de la Convención, el artículo XIII de la Declaración y el artículo 11 del PSS, todos ellos relacionados con los derechos a los recursos naturales del subsuelo de las tierras indígenas, a los daños a su hábitat, integridad y estilo de vida.
b. El Estado ha violado los artículos 1, 23 y 25 de la Convención con relación a la falta de adecuada participación en el proceso de concesión del Proyecto y de aprobación y consulta de las EIAS.
c. El Estado ha violado los artículos 3 y 23 de la Convención con relación a la falta de reconocimiento, de titulación y demarcación de tierras del pueblo Numa.

La Comisión consideró que no había evidencias de daños a la integridad personal por causa del PSA, y que tampoco se había violado el derecho de asociación de las comunidades indígenas. Asimismo, no consideró que hubiera habido violaciones al articulado del Convenio 169.

La Comisión somete el caso a la Corte en diciembre de 2003, luego de expirar el plazo de seis meses que había otorgado al Estado para suspender los trabajos en el PSA y para que se corrigieran las violaciones establecidas. La Corte acepta el caso y da traslado al Gobierno del Estado para su respuesta; igualmente, la Corte fija fecha de audiencia para escuchar y aclarar las posiciones de ambas partes, la cual se celebrará en mayo de 2004.

Memorial de Contestación[3]

1. Excepción preliminar de falta de competencia Ratione Materiae

La Comisión en su demanda ante la Corte alega la supuesta violación del Art. 11 del Protocolo de San Salvador (PSS). Al mismo tiempo alega la supuesta violación del Art. XIII de la Declaración. El PSS no puede ser conocido ni por la Corte ni por la CIDH, mientras que la Declaración no puede ser conocida por la Corte. Esto se debe a que el régimen que la Corte puede aplicar es la Convención, su Reglamento y el Estatuto de la OEA. Por lo anteriormente expuesto, Esmeralda pide a la Honorable Corte hacer una distinción entre interpretación y aplicación en dos supuestos distintos:

1. Tanto la Corte como la Comisión pueden interpretar más no aplicar el PSS.
2. La Corte únicamente puede interpretar la Declaración, pero no aplicarla.

1.1. Falta de Competencia de la Honorable Corte y de la Comisión para conocer de la supuesta violación al Protocolo

El PSS cuenta con un sistema de protección diferente al de la Convención. El PSS es muy claro al establecer en su Art. 19.6 que en lo referente a su aplicación, únicamente se podrá dar lugar a la participación de la Comisión y, cuando proceda, a la Corte, en el caso que se infrinja el Art. 8 (Derechos sindicales) y/o 13 (Derechos a la educación) del mismo.

1.2. Falta de Competencia de la Honorable Corte para conocer de la supuesta violación a la Declaración

Esmeralda está consciente de los distintos tratados internacionales que ha ratificado y de la gran responsabilidad que ellos implican. Sin embargo, también está consciente que cada uno de ellos cuenta con un procedimiento adecuado que vela por su eficacia. Por lo que, al no ser competencia de la Corte el velar por el estricto cumplimiento de la Declaración, y ya que ésta únicamente se puede usar como medio de interpretación, carece de facultad para conocer de la supuesta violación al Art. XIII de la misma.

2. Excepción preliminar de falta de agotamiento de Recursos Internos

Esmeralda presenta dos excepciones preliminares en materia de falta de agotamiento de recursos internos:

2.1. Falta de Agotamiento de los recursos internos por no haber presentado la supuesta violación del Protocolo ante el Tribunal Federal

Los peticionarios tuvieron que haber presentado los argumentos referentes a la supuesta violación del artículo 11 del Protocolo en el momento procesal adecuado, este es, ante el Tribunal Federal. Debido a que en Esmeralda sí existe legislación interna que establece que los tratados internacionales ratificados

3 Memorial escrito por Andrea Bolaños, Pascual Méndez-Herbruger y Eduardo Calderón.

pasan a formar parte del *corpus iuris* del Estado y que por consiguiente los peticionarios no presentaron el alegato a la supuesta violación del PSS ante los tribunales nacionales, le resta certeza jurídica y autoridad a un sistema que por sí mismo es protector de derechos humanos, ya que posee mecanismos para su protección reconocidos tanto por el gobierno como por la opinión pública.

2.2. Falta de Agotamiento de los recursos internos por no haber presentado la acción de mandato de seguridad.

En Esmeralda existen dos recursos aplicables al caso *sub judice*: el recurso de acción popular y el mandato de seguridad. Los peticionarios sólo presentaron la acción popular, pero en lugar de utilizar el recurso de mandato de seguridad, optaron por presentar el mandato de seguridad colectiva, el cual no es aplicable.

3. De las supuestas violaciones a la Convención, a la Declaración y al Protocolo

Si bien Esmeralda considera que la honorable Corte debe aceptar las excepciones preliminares interpuestas, en caso que tal criterio no sea compartido por la misma, el Estado procede a contestar la demanda con base en los siguientes argumentos.

3.1. Supuesta violación del artículo 21 de la Convención, 11 del Protocolo y XIII de la Declaración.

El Estado no violó el artículo 21 de la Convención, que regula el derecho de propiedad privada; el artículo XIII derecho a los beneficios de la cultura y 11 del PSS que regula el derecho a un medio ambiente sano, todos ellos en relación con los derechos a los recursos naturales del subsuelo, de las tierras indígenas, a los daños a su hábitat, a su integridad personal y a su estilo de vida.

En Esmeralda existe una interculturalidad, en donde ciertas culturas cuentan con sistema, organización y autoridades propias, las cuales son valoradas y respetadas por el Estado. Dichas autoridades tienen jurisdicción dentro de su territorio, pero al momento te entrar un elemento que no pertenece a dicho sistema (el PSA), éste deja de ser competente, y pasa a ser jurisdicción del Estado, parte de un sistema nacional, por lo que, como lo estableció la CSJ de Nicaragua, el goce y disfrute de sus costumbres ancestrales es para el manejo y gobierno de sus asuntos locales, no tienen validez cuando abandonan su medio y su hábitat e incursionan en el sistema nacional, el cual está conformado por leyes a las que todos los ciudadanos de este país sin distingo de orígenes y razas deben guardar obediencia. Esto no significa, como lo establece Fabián Volio Echeverría, que no merezcan una protección diferenciada, ya que si el sistema opera sobre la premisa del respeto y defensa, será mucho mas fácil deducir y proteger sus derechos. Por tanto, al establecer la seguridad en el sistema legal de Esmeralda, será mucho más fácil garantizar protección a los pueblos indígenas.

La doctrina establece que el Estado tiene derecho de propiedad sobre los bienes estatales, dentro de los cuales, en virtud de la Constitución de 1972, se incluyen el subsuelo y sus recursos. Dicha Constitución a su vez, establece la obligación de demarcar y titular las tierras indígenas, y como lo estableció la CEDH en el caso Allan Jacobsen contra Suecia, no se puede ignorar el mandato de la ley al momento de adquirir la propiedad, lo que aplicando análogamente, los PI no podían ignorar que el Estado era dueño del subsuelo y sus recursos, sí reconocieron y aceptaron los derechos de titulación y demarcación que se les otorgó en la misma Constitución. El impedirle al Estado los derechos del subsuelo, sería una grave violación a los derechos de todos los habitantes.

En cuanto a la propiedad del subsuelo en territorio indígena, José Martínez Cobo ha dicho que en caso que los recursos sean propiedad del Estado, éste tiene que permitir la plena participación de los PI, en cuanto a lo concerniente a la exploración y explotación, y que las utilidades y beneficios se les otorguen en la medida que les corresponde. También ha expresado que aquí se establece que el hecho que se aprovechen los recursos, no constituye violación a los Derechos Humanos siempre que se cumpla lo mencionado. En el caso *subjudice*, sí se les dio participación y se tomaron en cuenta sus ideas en lo relacionado con la utilización del subsuelo de la parte donde habitan.

De forma ilustrativa, es importante mencionar que el convenio 169 en su artículo 15.2 establece la posibilidad que los recursos del subsuelo sean propiedad del Estado, y de ser así, se les consulte a los PI y que obtengan en lo posible beneficios de las actividades realizadas. Se hace claro que Esmeralda cumplió con los requisitos pedidos ya que:

- Se compensará e indemnizará a los PI
- Proporcionará empleo y entrenamiento a los miembros de las comunidades.
- Establecerá un plan sanitario y médico, así como reforzará la educación en territorio indígena.

Cabe mencionar que el inciso 1ro. del artículo 21 de la Convención establece la posibilidad de subordinar el uso y goce de la propiedad al interés social, el cual se entiende, como lo menciona José Thompson Jiménez, como las ventajas o beneficios efectivos o eventuales para la comunidad, el cual se ve reflejado en el aumento del PIB que el PSA traerá a Esmeralda, lo cual ayudará a calmar la tensión en que se vive.

A su vez, Esmeralda cumple con el requisito establecido en el inciso 2do. ya que como fue mencionado anteriormente, sí se pagará una indemnización justa por la utilización de su territorio. En lo que respecta al artículo 11 del PSS, Esmeralda quiere dejar claro que sí se respetan, garantizan y cumplen los dos supuestos establecidos en dicho artículo:

- El primero, que establece el derecho a un medio ambiente sano, en donde se promoverá la protección, preservación y mejoramiento, cabe mencionar que Esmeralda ha incorporado una serie de medidas en cada etapa del PSA. A su vez, los gasoductos serán subterráneos y se revegetará en todo su trayecto. Es importante mencionar que los cambios son reversibles, y que todos los pequeños cambios irreversibles, guardan proporción al gran beneficio que toda la población recibirá, siguiendo el criterio que ha establecido esta honorable corte, en la sentencia del caso Cantos, señalando que se debe "guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido".
- El segundo supuesto, hace notar que los PI, por medio del PSA gozarán de mejores servicios públicos, ya que se contará con un plan sanitario, médico y educativo para todos los miembros de las comunidades, así como acceso a la red telefónica nacional.

En cuanto al artículo XIII de la Declaración, se debe constar que los PI sí han podido participar en la vida cultural, ya que han sido parte en todas las etapas de consulta, así como del sistema de monitoreo múltiple. Se debe hacer constar que la Comisión relaciona la supuesta violación del D. de Propiedad con la integridad personal de los PI, ya que el PSA traerá consigo nuevos colonos, sin embargo, anteriormente ya estaban asentadas tres pequeñas comunidades de colonos, y no existen indicios que éstas hayan afectado a los PI, por lo que no se puede asumir que los futuros colonos que lleguen con motivo del PSA, sí dañen su integridad, lo cual sería atentar contra la buena fe de los colonos.

Como conclusión, se hace mención a lo expresado por la ONU, al decir que el desarrollo de los indígenas sobre su territorio, se debe de ver una oportunidad tanto para los PI como para el Estado.

3.2. De la supuesta violación a los artículos 1, 23 y 25 de la Convención

La Comisión alega la supuesta violación del artículo 23 (Derechos Políticos) y el artículo 25 (Protección Judicial) de la Convención con respecto a la falta de adecuada participación en el proceso de concesión del Proyecto y de aprobación y consulta de las EIAS. Esmeralda no ha infringido el artículo 23 de la Convención, que en lo conducente establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y la oportunidad a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Por ello, se dictó la ley 555-76 que establece procedimientos para llevar a cabo las consultas necesarias sobre todo programa, proyecto, plan o acción que puede afectar los derechos de los PI, en cumplimiento de la obligación de consulta previa reconocida en el Convenio. De este modo, las consultas realizadas con los Lanta y los Numa fueron llevadas conforme a la ley 555-76 y a los estándares internacionales.

En el caso en cuestión, el Estado realizó las consultas en dos etapas principales, cada etapa tuvo material

de soporte que permitió una mejor visión del Proyecto (contaban con planos y fotos entre otros), la primera, con las **autoridades y representantes** Lanta y Numa y la segunda, con **cada una** de las comunidades; además de establecer el sistema de monitoreo (uno por parte de la empresa, otro por el gobierno y otro por representantes entrenados de las comunidades), toda la información es recibida por un Consejo interinstitucional, ubicado en el MIDESEN, que decide las medidas a tomar. Además se mantendrá informados a los PI durante todas las etapas del proyecto.

Ya que Esmeralda ha dejado claro que el proceso de consultas fue adecuado y con apego a la ley, procede a demostrar que las EIAS realizadas durante el mismo no fueron precipitadas como los peticionarios afirman. Para determinar la relación existente entre las consultas y las EIAS, se debe tomar en consideración la metodología de participación de las comunidades en la elaboración y aprobación de los estudios de impacto ambiental y social, la cual establece cinco pasos que Esmeralda efectivamente ha cumplido: (1) presentación de la Empresa por parte del Estado ante las comunidades; (2) las comunidades escogen a sus representantes; (3) los representantes de la comunidad son capacitados; (4) la población participa, aportando y recibiendo experiencia y conocimiento, y (5) la Empresa y las comunidades definen el plan de manejo ambiental y social.

El Estado ha buscado armonizar las EIAS que se llevaron a cabo durante el proceso anterior al PSA con el sistema ideal de evaluaciones propuesto por Barret y Therivel en 1991, citado por Larry Canter, el cual establece que un sistema ideal de EIA (1) se aplicaría a todos aquellos proyectos que fuera previsible que tuvieran un impacto ambiental significativo; (2) compararía alternativas de los proyectos propuestos; (3) generaría un estudio en el que la importancia de los efectos quedaran claros tanto a expertos como a legos en la materia; (4) incluiría una amplia participación pública y procedimientos administrativos de revisión; (5) sería programado de manera que proporcionara información para la toma de decisiones; (6) tendría capacidad para ser obligatorio; (7) incluiría procedimientos de seguimiento y control. Como se puede fácilmente observar, las EIAS aprobadas en Esmeralda para la elaboración del PSA cumplen con TODOS los requisitos que un estudio IDEAL de esa índole debe contener.

Las EIAS en el caso *sub judice* no sólo establecieron los grandes beneficios que el Proyecto trae, sino que, tomando en consideración que no existe acción humana que no acarree consecuencias, analizaron los daños ciertos y estimados que éste causaría. En este sentido es importante tomar en cuenta que de acuerdo a las legislaciones ambientales de varios países, las empresas petroleras tienen que elaborar planes de manejo, estudios de impacto ambiental, evaluaciones de riesgo, auditorías ambientales y planes de desarrollo, información que, de acuerdo a este derecho, debe estar a la disponibilidad de todos los sectores legítimamente interesados en la actividad petrolera.

Con respecto al artículo 25 de la Convención, Esmeralda no sólo está consciente, sino comparte lo que la Honorable Corte ha establecido en referencia a que dicho artículo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Siendo que Esmeralda es un país democrático y que los Derechos Humanos son parte integrante en su legislación y por ello cuenta con medidas que garantizan a los ciudadanos un acceso efectivo a la justicia. En el caso en cuestión, son varias las acciones judiciales que se pudieron haber interpuesto, de este modo se puede ver que Esmeralda sí cuenta con las acciones correspondientes que garantizan una debida protección judicial. Como ya lo ha dicho la Corte, la Convención Americana obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. Estando conscientes que el sistema de justicia en Esmeralda es respetado, y que sí existen los recursos idóneos, se hace constar que la Honorable Corte ha resaltado que "la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista no basta con que esté previsto por la Constitución o la

ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede incurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica con respecto a lo que ha resaltado la honorable Corte se debe mencionar que en ningún momento hubo una trasgresión de un derecho ya que como se mencionó anteriormente, sí existe el recurso apropiado y éste es el efectivo. A su vez, no consta en los hechos del caso que Esmeralda haya rechazado los recursos o que éstos sean ineficaces.

Por último es claro el artículo 1.1 de la Convención al establecer que "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que ésta sujeta a su jurisdicción (...). Por los motivos expuestos en este argumento, es evidente que Esmeralda no ha violado el Derecho Político, ni el derecho a la Protección Judicial de los PI. La Comisión no logró probar de una manera adecuada que el Estado ha violado los artículos 23 y 25 de la Convención, mientras que el Estado ha probado sólidamente que las medidas tomadas para el debido respeto de los derechos humanos han sido legalmente establecidas y orientadas hacia la conservación de la justicia.

Esmeralda no ha violado el artículo 1, 23 y 25 de la Convención, ya que sí hubo una debida participación de los PI en las consultas y las EIAS no fueron realizadas precipitadamente.

3.3. De la supuesta violación a los artículos 3 y 23 de la Convención

En el sistema legal de Esmeralda existe la ley 555-76 que da la definición de Pueblos Indígenas, y se entiende como aquel conjunto de individuos que proviene de y se auto identifican como parte de un pueblo originario. Se establecen tres requisitos para ser considerados como tales:

- Cultura común
- Lengua propia
- Estar históricamente establecidos en tierras ancestrales donde mantienen instituciones propias y autoridades tradicionales.

El pueblo Numa únicamente cumple con ciertos requisitos, que según la ley esmeraldina se deben cumplir en su totalidad. Dentro de esto cabe mencionar lo establecido por Arturo Bronstein, que desde el momento en que la Constitución reconoce la identidad étnica y la cultura propia de sus pueblos indígenas está confiriendo al Estado el mandato de formular las reglas jurídicas indispensables para que aquel reconocimiento se traduzca en derechos concretos. Por lo que debido a que el Estado tiene la facultad para reconocer o no a un pueblo indígena, extras, ya que la ley 555-76 establece ciertos requisitos que deben cumplirse, y en caso que uno de ellos falte, es inapropiado que gocen de ciertos derechos.

El pueblo Numa NO cumple con el requisito de tener una cultura propia debido a que los Numa y los Lanta eran un solo pueblo, y hace 40 años se separaron por conflictos internos, lo que es obvio que su separación no se debió a motivos de ideología o cultura. Incluso ahora ambos pueblos consideran sagrado un cerro ubicado al este del Río Santa Ana. Inclusive los Lanta consideran a los Numa un pueblo relacionado con ellos por lazos históricos, CULTURALES, espirituales y biológicos, por lo que es lógico deducir que su cultura sigue teniendo las mismas raíces.

Como ya lo mencionó Osvaldo Kreimer en referencia al requisito de la ancestralidad, los PI, debido a su continuidad cultural e histórica gozan de una situación especial, una condición inherente que jurídicamente es origen de derecho, y a su vez, ésta honorable corte, en la sentencia del caso Mayagna ha dicho que la ancestralidad se establece en términos de continuidad histórica de un grupo que DURANTE SIGLOS ha mantenido una identidad y de la cual se deriva precisamente su situación actual en el país del que se trate. En este sentido cabe mencionar que la ancestralidad de los Numa, es de apenas 40 años.

De esta misma sentencia, aplica también que la relación que existe entre los Numa y los Lanta, se trata de una relación en que los primeros son un grupo que se desprendió de una comunidad indígena

"madre", pero que reclama para sí una titulación separada e independiente sobre tierras que no ha poseído en forma ancestral.

A modo de conclusión, Esmeralda debe hacer constar que NO reconoce al pueblo Numa oficialmente, por lo que no le puede otorgar personalidad jurídica ni delimitar sus tierras, porque no reúne los requisitos necesarios y la ley no lo permite; Esmeralda no puede permitir que una ley de su ordenamiento legal se infrinja en aras de mantener la certeza jurídica. Asimismo, es menester establecer claramente que en ningún momento los derechos del pueblo Numa van a verse limitados ya que Esmeralda es un Estado comprometido con el respeto a los derechos humanos.

"MIENTRAS MÁS PLANIFICA EL ESTADO, MÁS DIFÍCIL LE RESULTA A LOS INDIVIDUOS PLANIFICAR."

(Friedrich von Hayek)

ANDREW P. MORRISS[1]

Codification and Right Answers

Summary
I. Why A Nineteenth Century Debate Remains Relevant
II. Codification in the United States
III. The Codification Debate
  A. The Case for Codification
  B. The Case for the Common Law
  C. Summary
IV. Legal Argument and the Codification Debate
  A. Was codification possible?
  B. Right Answers
V. Conclusion

Throughout the nineteenth century Americans regularly debated whether to reduce the common law to a written code. From Jeremy Bentham's 1811 letter to President James Madison offering to create a code that would free the United States from "the yoke of which in the *wordless*, as well as boundless, and shapeless shape of *common*, alias *Unwritten* law, remains still about your necks"[2] to Montana's adoption of four massive codes in 1895,[3] codification debates ranged across the country and the century.

Although the terms of the debate varied as widely as its geographic location, much of the debate concerned conflicting visions of what constituted right answers to legal questions. Code proponents argued that only by reducing the unwritten common law to a written code could the people be assured that there was a right answer to most legal questions. A code (as opposed to a mere statute) would provide a definitive, coherent, and systematic statement of the law. So long as the law remained scattered among thousands of potentially conflicting opinions, they claimed, knowing the law was impossible. Code opponents, on the other hand, rejected the claim that unwritten law was indeterminate. Not only did the common law provide right answers to legal questions, the code opponents contended, it was a superior means of creating right answers to a written code, which would actually increase indeterminacy in the law.

Although the nineteenth century American codification debate is largely forgotten today, it engaged some of the best legal minds of the century. National figures like Joseph Story, Oliver Wendell Holmes, Jr., David Dudley Field, John F. Dillon, James C. Carter, U.S. Supreme Court Justice Samuel F. Miller, John Norton Pomeroy, and Charles Lindley wrote and debated the topic passionately and extensively. Prominent local legal leaders across the country devoted themselves to advocating for and against codification, giving public lectures, and writing pamphlets.[4] Codifiers had some successes. The American Bar Association resolved in 1886 that "the law itself should be reduced, as far as its substantive principles are settled, to the form of a statute."[5] Louisiana, Georgia, Dakota Territory, California, and Montana all adopted forms of code systems during the nineteenth century.[6] While the code proponents failed to persuade Americans to

---

1 Professor of Law & Associate Professor of Economics, Case Western Reserve University. A.B. (1981), Princeton; J.D., M.Pub.Aff. (1984), the University of Texas at Austin; Ph.D. (Economics, 1994), Massachusetts Institute of Technology.

2 Jeremy Bentham, The Correspondence of Jeremy Bentham 182 (Stephen Conway ed., 1988).

3 *See* notes 67 to 71 and associated text, *infra*.

4 *See, e.g.*, Andrew P. Morriss, *Decius S. Wade's The Common Law*, 59 Mont. L. Rev. 225 (1998) (reprinting and annotating lecture by prominent Montana judge and codification advocate) [hereinafter Morriss, *Wade*]; *see also* the many pamphlets cited, *infra*.

5 Transactions of the Ninth Annual Meeting of the American Bar Association 74 (1886) (the vote was 58-41). NEED THIS SOURCE CITATION PHOTOCOPIED PLEASE

6 *See* Andrew P. Morriss, *"This State Will Soon Have Plenty of Laws" – Lessons from One Hundred Years of Codification in Montana*, 56 Mont. L. Rev. 359, 364-65 (1995) [hereinafter Morriss, *Plenty of Laws*].

replace the common law with systematic statutory codes, the creeping (or galloping!) growth of statutory law in this century may yet achieve their goal of displacing the common law, although without the accompanying systematization they sought.

Attempting to survey the entire sweep of the nineteenth century American codification debate is well beyond the scope of this Article.[7] Here, I will concentrate on what I view to be the most interesting portion – the debate provoked by draft codes prepared by David Dudley Field for New York during the 1860s. Field's drafts formed the basis for the codes ultimately adopted in Dakota Territory, California and Montana as well as sparking years of often heated debate in New York.[8]

I concentrate on the debate over the Field Codes, to the exclusion of the successful codifications in Georgia and Louisiana and unsuccessful debates elsewhere,[9] for three reasons in addition to the obvious space limitations. First, Field himself was by far the most persuasive and articulate advocate of codification in nineteenth century America. Not only did his drafts and his views shape much of the debate, but Field tirelessly traveled New York, the country, and even the world promoting his views on codification of domestic and international law.[10] He lobbied the New York legislature annually through the 1880s, pushed the issue at American Bar Association conventions and kept up a ceaseless correspondence with lawyers around the country. His vision of codification and his proposals therefore dominated the debate during the last half of the century. Second, Field's primary opponent in the debate, James C. Carter, was the most eloquent and thorough of the anti-code writers.[11] As the pro-code *New York Times* phrased it, "Mr. James C. Carter discusses the Field Code with a fullness of knowledge, a power of logical statement, and an unfailing candor which make him at once the most feared and the most respected of the code's opponents."[12] Third, the debate over Field's codes engaged many more than Field and Carter – it divided the New York bar "into two hostile camps"[13] and produced a seemingly unending stream of speeches and pamphlets and so provides a rich source of material. Fourth, the codification movements unrelated to Field,[14] most importantly the successful ones in Georgia and Louisiana, possessed significant idiosyncrasies that make them difficult to generalize from. Georgia's codification was mingled with secession and Reconstruction[15] and Louisiana's

7 Codification was, of course, also a major issue in Europe, but I will deal only with the American debate here.

8 Because Field and his opponents were also influenced by Joseph Story's 1837 report on codification to the governor of Massachusetts and because of Story's prominence in American legal history, I also discuss his views.

9 Among other places, South Carolina, Kentucky and Ohio had debates over codification. *See, e.g.*, Joel Prentiss Bishop, Common Law and Codification 5-49 (1888) (noting address delivered before the South Carolina Bar Association); *Current Topics*, 6 Ky. L. Rep. & J. 2, 3 (1884-85) (reporting unanimous vote of state bar association "to secure the appointment by the next Legislature of a commission to codify the laws of this State"); *Current Topics*, 31 Alb. L. J. 141, 141 (Feb. 21, 1885) (quoting a message to the Ohio legislature by Governor Hoadley of Ohio, "an earnest and able advocate of codification," suggesting that "[i]f the whole body of the law of Ohio were reduced to writing and enacted into statutes, great progress would be made in giving to it accessibility and certainty, and in the economy of its administration." *Id.*).

10 *See* J. Newton Fiero, David Dudley Field and His Work 5 (1895) (describing Field's international codification efforts); Helen K. Hoy, *David Dudley Field*, *in* 5 Great American Lawyers 123, 169-72 (William Draper Lewis ed., 1908) (describing international codification efforts by Field).

11 Modern legal historian William Wiecek terms Carter the "epitome" of American lawyers at the end of the nineteenth century. William M. Wiecek, The Lost World of Classical Legal Thought 97 (1998).

12 *The Code and The "Post,"* N.Y. Times, Feb. 18, 1887, at 4.

13 *Mr. Field Closes the Debate*, 21 Am. L. Rev. 305, 305 (1887).

14 The earlier experiences of both Georgia and Louisiana provided code proponents with examples of the merits of codification, and the benefits of both code systems were put forward by code proponents. *See, e.g.*, Alexander R. Lawton, *Codification*, 20 Am. L. Rev. 1, 17 (1886) (giving the "opinion of an active practitioner in Georgia as to the value, based upon experience of twenty years of a code of the common law."); John Henry Wigmore, *Louisiana: The Story of Its Jurisprudence*, 22 Am. L. Rev. 890, 890 (1888) (claiming that "[f]ew subjects so well reward attention as the unique position in American jurisprudence occupied by the law of Louisiana. . . "). As far as I can determine, code opponents ignored Georgia. They dismissed the example of Louisiana, however, by claiming that it had avoided "[t]he defects so strikingly characteristic of French jurisprudence" through "the practical good sense" of judges and lawyers "[l]argely imbued with the principles and methods of the English Common Law." James C. Carter, The Proposed Codification of Our Common Law 65 (1884) [hereinafter Carter, Proposed Codification].

15 *See* Morriss, *Plenty of Laws*, *supra* note 5, at 372-73 n. 52 (describing Georgia codification).

mixed legal heritage and early adoption of a code made it unique.[16]

In this Article I examine the views of code proponents and opponents about how to find right answers to legal questions. In Part I, I discuss why the codification debate remains important. I briefly outline the debate itself in Part II and present the code proponents' and opponents' arguments in Part III. In Part IV, I examine how both sides of the debate viewed the issue of whether right answers exist to legal questions. Finally, in Part V, I summarize what I argue are the significant lessons from the codification debate that remain relevant today.

I. Why A Nineteenth Century Debate Remains Relevant

The codification debate was an important part of the American legal system throughout the nineteenth century. Both code proponents and opponents saw it as central to their creation of an *American* legal system. As California codifier Charles Lindley argued

> It is difficult to measure the importance of this great subject. Gathering together and arranging in logical order the fragmentary elements of a legal system, the reorganization and re-expression of a body of laws for a people, is an event that can have no parallel in magnitude in the history of that people. A Dictator may take the place of a President; a commune may sweep away the Dictator; still the great body of the laws remains substantially the same. The system we *now* establish, will go down with succeeding generations, until a new race shall come, or until new conditions, wrought under the law of progress, shall make a new system necessary in one, five or twenty centuries.[17]

Thus, understanding the codification debate is an important part of understanding our legal history.

The codification debate is also worth considering today for reasons beyond its historical interest. The debate shaped modern legal thinking in several important ways. The debate over and the defeat of codification in New York, for example, played a significant role in shaping the American Law Institute's project to create the Restatements, with the American Law Institute regularly distinguishing its activities from Field's earlier efforts.[18] The Restatements in turn have played a significant role in the law of most states. California, one of the few states to adopt a civil code, is also one of the more influential states in many areas of the law and its codes significantly influence its jurisprudence. The other states, which adopted codes based on David Dudley Field's drafts, the Dakotas and Montana, have also found their law affected by the presence of the codes.[19]

The codification debate is also important for another reason. Today we live in a legal environment increasingly built of statutes rather than common law. Environmentalists argued the common law's inadequacies justified the creation of complex statute-based regulatory regimes like the Clean Air Act.[20] Business lobbyists, on the other hand, argued that state tort law regimes must be replaced by federal statutes to control runaway juries and spiraling costs.[21] Fifty years ago, in an essay on code proponent David Dudley Field's centenary, Roscoe Pound pronounced Field "an outstanding figure in the history of our law and an exemplar of the faith in conscious creative lawmaking which we have come to accept."[22] Fifty years on that faith is somewhat

16 *See generally* Rodolfo Batiza, *The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance*, 46 Tul. L. Rev. 4 (1971) (discussing background of Louisiana codification.)

17 Charles Lindley, California Code Commentaries app. at v (1874).

18 *See* Herbert F. Goodrich, *Restatement and Codification*, in David Dudley Field: Centenary Essays 241, 241 (Alison Reppy ed., 1949).

19 *See* William B. Fisch, *The Dakota Civil Code: Notes for an Uncelebrated Centennial*, 43 N.D. L. Rev. 485, 486 (1967); *see generally* William B. Fisch, *The Dakota Civil Code: More Notes for an Uncelebrated Centennial*, 45 N.D. L. Rev. 9 (1968) (describing Dakota Codes' impact); Robert G. Natelson, *Running with the Land in Montana*, 51 Mont. L. Rev. 17 (1990) (describing impact of code on real property law of covenants running with the land).

20 *See* Andrew P. Morriss, *The Politics of the Clean Air Act*, *in* Political Environmentalism (Terry Anderson ed., forthcoming 1999) (describing evolution of Clean Air Act).

21 *See* John C. Moorhouse, Andrew P. Morriss, and Robert Whaples, *Law & Economics and Tort Law: A Survey of Scholarly Opinion*, 62 Alb. L. Rev. 667, 684-87 (1998) (describing tort reform efforts).

22 Roscoe Pound, *David Dudley Field: An Appraisal*, *in* David Dudley Field: Centenary Essays 3, 8 (Alison Reppy ed., 1949).

established a code commission in 1870.[44] The commission granted itself a broader mandate, however, and relying on the 1865 New York drafts, produced versions for California in 1871.[45] After extensive debate and revision, the codes were adopted in 1872.[46] One crucial change was the elimination of the Civil Code's abolition of the common law, although the result was to add to the confusion over where to find the law. This left California courts adrift with respect to the rules governing interpretation: "California judges wandered between expansive construction and traditional strict construction, lingering at every point in between – sometimes all in the course of the same opinion."[47]

California undertook a far more extensive process of examination and reexamination than Dakota had and made more extensive changes in the codes' text[48] but there was still little real debate over the codes as codes. The state's newspapers from the period show little coverage of the code bills, particularly in comparison to other issues in the same legislature. For example, passage of the codes did not even merit mention in the *Sacramento Reporter's* summary of the legislative session. Even staunch code supporters found the process too rushed – Code Commission Chairman Charles Lindley resigned over the failure of the commission to adequately review the drafts, detailing his complaints in a letter he later published.[49]

Both California and Dakota Territory found it difficult work to keep their codes current. California attempted to solve the problem by creating bodies to regularly revise the codes in light of subsequent statutory enactments.[50] Dakota found maintaining its codes sufficiently troublesome that it started over from scratch, creating a commission in 1875 to draft new codes and adopting new versions in 1877 based on the California codes.[51] As a nineteenth century historian later noted, the copying of the New York drafts had left "many repugnant provisions" in Dakota's laws.[52] Thus, the recodification was also an attempt to purge the codes of these provisions.

Back in New York, Field's codes revived in the 1870s and 1880s, largely due to the combination of Field's enormous wealth, political influence and vanity.[53] Field saw his legacy to the ages in his codes. Gratifying as California and Dakota's adoptions of the complete set were, New York's failure to adopt more than his procedure code was galling.

Field explained the failure of the New York legislature to adopt his codes by pointing to its extensive record of special legislation. In 1873, he told the legislature that it had been so busy passing other legislation, 346 bills in the 1871 session, a rate of nine per day, that the "chief reason" for the codes' failure to pass was that the legislature "has had too much to do, or,

---

44 *See* Ralph N. Kleps, *The Revision and Codification of California Statutes 1849-1953*, 42 Cal. L. Rev. 766, 768-71 (1954) (describing attempts to establish a code commission).

45 *See id.* at 772-73; *see also* Lindley, *supra* note 16, at app. ii ("The Commission, at my instance, went a little beyond what was contemplated by the Governor when he made the appointment.").

46 Rosamond Parma, *The History of the Adoption of the Codes of California*, 22 Law Libr. J. 8, 19-20 (1929).

47 Natelson, *supra* note 18, at 41.

48 Line by line comparisons of the California Civil Codes of 1871 (draft) and 1872 with the New York 1865 draft show extensive changes. These are the subject of my "in progress" manuscript tentatively titled *The Field Civil Code in California*.

49 *See* Lindley, *supra* note 16, at app. v.

50 *See* Kleps, *supra* note 43, at 779-87 (describing various revision commissions).

51 *See* Morriss, *Plenty of Laws*, *supra* note 5, at 374-75.

52 Horace G. Tilton, *History of the Dakota Codes*, 1 Monthly South Dakotan 90, 91 (1898).

53 Field had a high opinion of his talents, an opinion sufficiently shared by clients like William "Boss" Tweed and Jay Gould, which made him one of the wealthiest lawyers in the United States. *See* Daun van Ee, David Dudley Field and the Reconstruction of the Law 251-52 (1986). His representation of such figures had slowed the civil code's progress earlier–as the *New York Times* put it in 1882, to have allowed Field to draft the corporations law of the state while representing Fisk and Gould, "would have been somewhat analogous to the hiring a Tombs 'shyster'–interested in procuring the freedom of imprisoned scamps of various degrees of criminality–to codify the criminal laws of the State." *A Code With A Purpose*, N.Y. Times, June 20, 1882, at 8.
The California version of Field's codes drew attention back in New York when they figured in a California man's successful evasion of bigamy charges through a clever construction of various code sections. *See The Man With Two Wives*, N.Y. Times, Jan. 25, 1874, at 3. When the outraged neighbors wrote to a California code commissioner about the problem, "[t]he codifier, who appears from his letter to be a much more sensible person than one would think, (judging only from his codes,) wrote that it was a bad thing, and he didn't see what was to be done about it, but the commission was not responsible for it; that all they had done was to copy the code of that eminent codifier, David Dudley Field" (*Id.*) and that if the legislature had wanted an original work they would have gotten someone more qualified and given them more time to produce it. *See id.*

rather, it has done too much else."[54] Field tirelessly promoted the codes and kept them before the public eye so much that as early as January 1874 an editorial in the *Albany Law Journal* entitled "Codes" opened with the line "We beg the reader not to be alarmed by this hackneyed and familiar word."[55]

What finally prompted legislative action on the four codes was a revision commission headed by prominent lawyer Montgomery Throop, which proposed such extensive changes to the procedure code that it would no longer be recognizably Field's.[56] The first set of civil procedure code revisions proposed by Throop passed the New York legislature during the 1876 session but Field managed to block the adoption of the second portion of the Throop proposals during the following sessions. Since the two sets of amendments were not designed to stand independently, this maneuver threatened to throw the procedural rules into a state of disarray. To gain Field's support for the full set of Throop proposals, revision proponents offered Field a bargain: If he would drop his opposition and persuade the governor to sign the procedure revisions, they would back passage of the Civil Code. Field accepted.[57] The legislature then adopted the Throop amendments and the Civil Code – with both houses passing the Civil Code "within two hours or a single day."[58] The compromise came undone, however, a short time later when the governor vetoed both the Throop amendments and the Field Codes, calling for more careful study before making such a radical change.[59] As leading code opponent James C. Carter put it– "Never was the executive veto more beneficently employed, but it has only 'scotched the snake, not killed it.'"[60] Partisans of the Throop revisions abandoned the deal the following session, successfully obtaining passage of the remaining procedure amendments without the Civil Code.[61] The Field drafts had been given new life, however, and became an annual issue in the legislature for most of the next decade.

While later legislatures adopted the Penal Code and portions of the Political Code, the crown jewel of Field's efforts, the Civil Code, never became law in New York. Although Field traveled to Albany for each session of the legislature, relentlessly revising the proposed Civil Code to meet objections and sometimes persuading one or more houses to pass code bills,[62] he never won adoption of the Civil Code.[63]

Field's efforts in New York during the 1880s did spark a heated debate. Local legal periodicals such as the *Albany Law Journal* and newspapers including the *New York Times* frequently carried stories on Field and his opponents' efforts. National law journals such as the *American Law Review* published articles and symposia on codification. Both sides produced

54 *Mr. Field on the Codes*, 7 Alb. L. J. 193, 193 (Mar. 29, 1873). Code proponents elsewhere agreed. Lindley explained New York's failure to adopt Field's draft to Californians by noting "it is difficult in American states . . . to secure for [law reform] a patient hearing amid legislative scrambles for public plunder. . . ." Lindley, *supra* note 16, at 26.

55 *Codes*, 9 Alb. L. J. 33, 33 (Jan. 17, 1874).

56 *See* van Ee, *supra* note 52, at 329-31; *see also Business In The Assembly*, N.Y. Times, Apr. 27, 1877, at 5 (noting that Field "appears to regard [Throop] as an interloper on a domain which belongs exclusively to David Dudley Field.")

57 *See More Insurance Legislation*, N.Y. Times, Apr. 26, 1879, at 2. The entire Throop-Field controversy is described at some length in *A Code with a Purpose*, *supra* note 51, at 8.

58 *Veto, Senate Bill, Not Printed, Civil Code, in* Public Papers of Lucius Robinson, Governor of the State of New York 72, 73 (1879); *see also More Insurance Legislation*, *supra* note 55, at 2.

59 *See The Governor's New Reasons*, N.Y. Times, Apr. 30, 1879, at 5. The governor noted the "more than hinted arrangement" concerning the Civil Code with "the voluminous and ill-assorted Code of Procedure." Public Papers, *supra* note 57, at 73.

60 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 10.

61 *See Codifiers at Odds*, N.Y. Times, Feb. 1, 1880, at 6 (noting that Throop renounces deal); *The New York Code Abroad*, N.Y. Times, Sept. 4, 1880, at 4 (noting that revisions passed).

62 As code opponent James C. Carter put it, "[t]wo Legislatures have been found so insensible of the magnitude of the trust confided in them as to give their assent to a scheme of legislation called a "*Civil Code,*" which, confessedly, few of them had even read, none had intelligently understood . . . ." Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 9.

63 I did line by line comparisons of the provisions of the various New York drafts, starting in 1862 through the last version introduced in the 1888 legislature and found that Field extensively modified the draft Civil Code during this period. Field's efforts in New York are the subject of my "in progress" manuscript tentatively titled *"There is No Common Law": David Dudley Field and the Quest for a New York Civil Code.*

Code proponents frequently noted the uncertainty caused by the common law's reliance on case law. Uncertainty was an "incalculable evil" that "makes it impossible for individuals so to conduct their life or their business as to be secure against unconscious violation of the law on the one hand, and the incurring of unknown liabilities and responsibilities on the other."[79] Reliance on precedent could not produce certainty: "as precedents may generally be found on both sides of the question," the law is rendered doubtful and uncertain.[80] Reporting on code opponent James C. Carter's legislative testimony in 1887, the *Albany Law Journal* was astounded by Carter's claims about the common law: "When Mr. Carter asserted that the common law is reasonably well settled, easily accessible, harmonious and fixed, he fairly took our breath away. Every lawyer at the table knew that it is no such thing, but that it is obscure, contradictory, inconveniently scattered and fluctuating."[81]

Code opponents denied proponents' claim that the common law was uncertain. It was true, James C. Carter noted, that until the courts had "authoritatively spoken" on an issue "it may be said to be uncertain what the rule is."[82] Statutes could eliminate this uncertainty, Carter conceded, although often at the expense of a just outcome in those unforeseeable future cases where the statute's solution would be inappropriate.[83] The primary problem with a code was that statutes would bring new uncertainty through such cases because the apparent meaning of the statute would not be accepted without a struggle. The ingenuity of lawyers would be employed to show that the statute could not have been designed, and therefore should not be construed, to embrace such cases, and, though they might seem, upon a hasty and superficial interpretation, to be covered by the language employed, yet that such interpretation must be discarded in favor of one more agreeable to justice. The difficulty would be felt in the same way by the judges.[84]

Moreover, "[c]odes were peculiarly uncertain and unstable" because of "the immense amount of amendment which they invariably entailed, and of the methods in which amendments were invariably made."[85]

The size of lawyers' libraries and the unmanageable number of precedents was further evidence to the code proponents of the unmanageability of the common law. "Surely, of the making of law books there is no end" complained Montana's Decius Wade in 1894.[86] In more nuanced terms, the Story Commission concluded that the "vast deal of time [that] is now necessarily consumed, if not wasted, in ascertaining the precise bearing and result of various cases" could be saved by a code.[87] In an address to the Philadelphia Law Academy in April 1886, David Dudley Field summed up the problem, arguing that a code is the only means of stopping the overflow of precedents, which bewilder and impoverish the lawyers of the country. The best estimate I have seen makes the number of decisions in the United States alone sixteen thousand a year. We live under the dreadful necessity of reading, or at least looking at, as many of these decisions as we can afford to buy, for if we do not it may happen that some more diligent and patient adversary searching for precedents may

79 Edmond Kelly, *Codification*, 20 Am. L. Rev. 7, 9 (1886).
80 Wade, *Necessity*, *supra* note 73, at 3.
81 *Current Topics*, 35 Alb. L. J. 81, 82 (Jan. 29, 1887).
82 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 13.
83 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 14.
84 *See* Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 15; *see also* Mathews, *supra* note 39, at 27. Code opponents in New York also pointed to California law professor John Norton Pomeroy's analysis of the California codes as evidence of the uncertainty created by Field's drafts, reprinting his *West Coast Reporter* articles on interpreting the codes as a pamphlet in 1884. *See* John Norton Pomeroy, The "Civil Code" in California 6 (1884) (stating that "[t]here is hardly a section, whether it embodies only a definition, or whether it contains the utterance of some broad principle, or some general doctrine, or some special rule which does not require to be judicially interpreted. . . .")
85 N.Y. Association 1888 Report, *supra* note XX, at 12.
86 Wade, *Necessity*, *supra* note 73, at 9.
87 Story, *supra* note 26, at 723; *see also* Lindley, *supra* note 16, at 15 (law is "found scattered, without order, through thousands of reports.")

perchance to find one just in point, in some far-off State or country, and confound you with the specter, just as you thought your victory won.[88]

Codes would not only eliminate the need to examine precedents, foreign and domestic alike, but improve the law. Opinions were "unfortunately burdened with the wearisome utterances of many a commonplace or undiscriminating official."[89] Codes would "mitigate the prevailing evil of long dissertations in the shape of opinions" by cutting short "the interminable discussions of bench and bar alike."[90] To illustrate his point, Field related how in a state with a code a lawyer "citing authority upon authority, piling Ossa on Pelion" was interrupted by opposing counsel pointing to a relevant code section, prompting the judge to state "Yes, that ends the discussion."[91] Old precedent could thus be safely discarded; creation of new opinions would be drastically reduced.[92]

Nonsense, replied code opponents. If cases were not useful, "no one is compelled to use them; and whoever wastes his time on them, may blame none but himself."[93] In fact, practice showed lawyers never found too many cases – each relevant opinion assisted analysis of the case at hand. Besides, they added, there was no reason to believe reliance on opinions would cease under the code as people sought to understand the code and future amendments to it.[94] The need for codification to make the law understandable to non-lawyers was also a frequent theme. Field summed this argument up in a brief 1886 article in the *American Law Review*, noting that "they who are required to obey the laws should all have the opportunity of knowing what they are. These laws are now in sealed books. They can be opened by codification and only by codification."[95] The *New York Times* concluded in 1888, "We can put the argument for the code into three words: 'Publish the law.'"[96]

Moreover, not only was the law scattered across statute books and court opinions, the common law was written in a format which non-lawyers could not understand.[97] Under the common law, code proponents argued, [n]ot only does the law when discovered often take the shape of a sphinx riddle, but it is always set in the center of a labyrinth, the key to which has to be laboriously sought and the mazes of it with painful perseverance worked out before the weary searcher can know whether he is to be rewarded by the revelation of a positive rule, or only end in being baffled by a conundrum.[98]

---

88 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 256. Similarly, the *Albany Law Journal* commented on Carter's claim that the common law was "reasonably certain" saying that A word may be permitted upon the idea of the anti-code people as to what constitutes 'reasonable certainty.' To waive, for the purpose of argument, the evident necessity of finding out the contents of eight thousand volumes of judicial reports, and to adopt Mr. Carter's measure of 'reasonable certainty'—'four or five hundred volumes'—what should we say to a teacher of any thing else but law, who should tell the student that he could not know its rudiments except by consulting, all the time, four or five hundred volumes? We should regard it as a very uncertain science, should we not? But so wonted to their slavery have lawyers become, that they regard such a number of repositories as very moderate. We may add that if Mr. Carter is sincere in this statement, it is altogether probable that his practice does not conform to his theory. His private library probably has ten times that number, and he cannot depend even on that. There really is not 'reasonable certainty'—unless, like brother Moak, one has sixteen thousand volumes, with the privilege of the State library in addition, and even then there is not. *Current Topics,* 37 Alb. L. J. 145, 146 (Feb. 25, 1888).

89 Fowler, *supra* note 63, at 17.

90 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 256.

91 *Id.* at 256.

92 Joseph Story's commission had not been so sure, noting that even in France, where the civil and commercial codes were "probably as perfect specimens of legislation as ever have been, or ever can be produced," there were "many volumes of reports, and must constitute a continually augmenting mass of materials" dealing with questions on interpretation and unprovided for cases. Story, *supra* note 26, at 711.

93 Mathews, *supra* note 39, at 23.

94 *See id.* at 23-24.

95 Field, *Codification*, *supra* note 77, at 239; *see also* Alexander Martin, *Codification*, 20 Am. L. Rev. 13, 14-15 (1886) ("For myself I would prefer to have no more judicial legislation. I prefer to have that function of our government performed by the department to which it belongs, under our American system.")

96 *A Reproach to the Bar*, N.Y. Times, Mar. 22, 1888, at 4.

97 *See* Wade, *Necssity*, *supra* note 73, at 2-3 (noting that people do not have necessary training to understand court opinions.)

98 Kelly, *supra* note 78, at 10.

Thus a "special committee" of the New York Chamber of Commerce recommended adoption of the civil code in March 1886, stating The committee believe that the law is meant for the affairs and business of men, and that its general principles can be perfectly understood by the exercise of ordinary common sense; and therefore that the chamber is both competent to have an opinion on this subject, and will be fully justified in expressing it. It is not a question of whether we shall approve of the law as it exists, but whether we shall favor the expression of that law in clear and unmistakable terms, so that everybody may know what it really is.[99]

Reducing the common law to clearly written principles and putting those principles into an organized framework, the codifiers argued, was the only way to make it accessible to the public.[100] Thus, the *New York Times* editorialized that the Civil Code was written "in a manner so systematic, upon a scheme so comprehensive, and in language so plain that the ordinary man can learn in half an hour nearly all that the best counsel can tell him upon any question of law included within it."[101]

Code opponents agreed that organization and arrangement could improve lay (and professional) understanding of the law – that was the function of treatises, they argued.[102] If the law in a particular area was confusing, that merely provided the opportunity for an entrepreneur to provide clarity.[103] In any event, every lawyer knew that "the points upon which he is most frequently applied to for advice" concerned statutes, not the common law.[104] "[T]he native sense of justice existing in the breasts of all men gives them a better knowledge of unwritten law than they can ever attain of statutes."[105]

Code opponents also objected that the written law would not be understood by many. "Let any gentleman not versed in the law read a part of this Code, and ask himself if he feels any more of a lawyer after he gets through; will he think that there is good meat in the nut, after he has cracked it, or that it is, as far as he is concerned, a hollow humbug? . . . [W]ho but a lawyer, and he an astute and learned lawyer, can attach their signification to those mysteriously suggestive but mute sections."[106] The code proponents had no patience with this argument: "Are we to wait for a code until an automatic one can be devised? Does any living man suppose omnipotence can frame a code which shall put brains into a stupid man's head? Is the code proposed for the use of children, paupers, idiots, and Indians untaxed?"[107]

Finally, code proponents argued that the common law made judges into legislators and so offended the American theory of separation of powers.[108] Field, for example, told his audience at one speech that

99 *Current Topics*, 33 Alb. L. J. 221, 282 (Mar. 20, 1886) (quoting chamber report).

100 Montana's Decius Wade, for example, argued that if a Justinian would codify the body of the common law, and thereby reduce it to such convenient form that its majestic principles of morality, reason and justice might be taught in the universities and schools, and so be brought to the homes and hearth-stones of the people, its power over the minds and hearts of men, and its influence in uplifting humanity, and in calling into activity all the elements and forces that lead to noble lives, would be increased and magnified a thousand fold. Morriss, *Wade*, *supra* note 3, at 266.

101 *The Code–Here and Else Where*, N.Y. Times, Feb. 28, 1825, at 4; *see also* Wade, *Necessity*, *supra* note 73, at 10 (noting that "there must be orderly system and arrangement as to subjects, sub-divisions and sections.")

102 *See, e.g.*, Strong, *supra* note 30, at 9 (stating "I submit that the Legislature appoint a commission of eminent gentlemen of the bar to prepare systematic and simple statement or text books" rather than codify the law.")

103 Of course, the two sides also disagreed about which system would produce better scholarship. Under the common law, code advocates claimed, the constant fear that the law would change and "consign the monuments of his industry to the hieroglyphic and undecypherable cenotaphs of unknown times" kept the best lawyers from writing texts. *The Civil Code of the State of New York, No. II., Relations of Case Law to A Code*, 2 Alb. L. J. 408, 409 (Nov. 19, 1870). On the contrary, the code opponents replied, "[b]old intellects will enlist with ardor in the strife, if the contest is to turn upon the weight of reason and argument, but abandon it with contempt, if it is to be decided by vote of a Legislature or a Board of Commissioners." Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 91.

104 *Id.* at 92.

105 *Id.*

106 Strong, *supra* note 30, at 4-6.

107 *The Code and Its Opponents*, N.Y. Times, Feb. 17, 1887, at 4.

108 *See* Field, *Codification*, *supra* note 77, at 239.

"Some of us have heard this dialogue between counsel and judge: 'There is no precedent for this,' says the former; 'Then I will make a precedent,' says the latter."[109] Even when lawyers thought they knew the answer to a legal question, the *Kentucky Law Reporter & Journal* complained, we may find to our dismay a law maker in the place of the judge upon the bench, who, creating a new rule, which until then had no existence, applies it to a transaction entered into upon the faith of the law as theretofore expounded. But he could not do it if the old rule was written down in a statute, instead of an opinion.[110] Codes would restrict judges' lawmaking and so preserve the separation of powers.

Code opponents rejected this "shallow view"[111] for several reasons. First, it was unimportant who made laws "for if the law thus made is the best, it matters not by whom it is made."[112] Second, judges were not free to make any rule they chose but constrained by the common law.[113] Third, Field himself claimed most of his code was drawn from the common law: "[a]s it comes from judges, it is arbitrary and capricious; as declared and sanctioned by the codifier, it is scientific, true and worthy of the acceptance of a State!"[114]

Given the advantages they claimed for the codes, how did code proponents explain the vehement opposition?[115] They attributed it to a combination of self-interest and ignorance. Lawyers preferred the law to be obscure, code proponents suggested, because its obscurity increased demand for their services.[116] (Somewhat ironically, Field was one of the richest lawyers in America, earning more than $75,000 a year through his representation of clients like Jay Gould and William "Boss" Tweed.)[117] For example, responding to a letter writer who was critical of the codes and who suggested that lawyers should determine whether New York should adopt them, the *Albany Law Journal* wrote "our correspondent misses the real theory of statutes; they are not simply to enlighten the lawyers, but they are to instruct the community. The radical difficulty with our common unwritten law is that it can be found out, if at all, only by lawyers. We would have laws written so that the community may read and understand them... "[118] More pointedly, the *New York Times* concluded an 1886 article by noting that "[t]he lawyers will never give [codification] to [the people.] What a soldier did for France the people must do for themselves here."[119]

Code opponents, on the other hand, saw Field's code as primarily attributable to his arrogance. "The cherished passion of the gentleman referred to for the enactment of a Civil Code bearing his image and superscription has, it may be feared, survived his

---

109 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 254. The *New York Times* relayed a similar anecdote: "an earnest debate over a decision occurred between two Judges, one of whom said to the other, 'I tell you this is the law,' and the other replied, 'It may be the law now, but it will not be the law after this case is decided.'" *Common Law Fetichism*, N.Y. Times, Apr. 19, 1886, at 4.

110 William Reinecke, *Codification*, 5 Ky. L. Rep. & J. 867, 869 (1884).

111 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 29.

112 *Id.*

113 *See infra* note 148 and associated text.

114 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 40.

115 The question for code opponents was "why, if the facts really be thus shown [as against codification], should any learned and scientific jurists be found to advocate the policy of codification?" *Id.* at 69. The primary English advocates of codification, John Austin, Sheldon Amos, and Sir James Fitzjames Stephens, Carter explained, disliked the lack of system in the common law because they were academic rather than practicing lawyers. *See id.* at 71. "Minds thus engaged naturally desire to see their science set down in books in the arranged and orderly fashion in which other sciences are found." *Id.* at 72. Bentham, while "a man of preeminent intellectual ability," was "not an experienced lawyer, or a safe guide upon any subject." *Id.* at 70.

116 *See, e.g. Senators and the Civil Code*, N.Y. Times, May 6, 1884, at 4 (stating that "We are not sure that [lawyers opposed to the code] are not influenced in some measure by the fact that there is so much labor and difficulty to be paid for in extracting the living law from a mass of dead or raw material and so much chance for long contentions and litigation."); *The Field Code Favored*, N.Y. Times, Apr. 14, 1887, at 8 (quoting pro-code member of the Board of Trade and Transportation "New York lawyers only consider how they can line their pockets at the expense of the merchants.")

117 *See* van Ee, *supra* note 52, at 251-52, 238-80, 293-310.

118 *Current Topics*, 29 Alb. L. J. 301, 301 (Apr. 19, 1884). Similarly the *Journal* had earlier argued that lawyers opposed codification because "it will certainly give the lawyers some trouble, and may possibly hurt their occupation in picking out the law as it is (or rather in guessing what it will be), from the reports and text-books, and advising their clients. That is the real reason, and avowed reason when the lawyers are candid." *Current Topics*, 23 Alb. L. J. 241, 241 (Mar. 26, 1881).

119 *Enemies of the Code*, N.Y. Times, Apr. 12, 1886, at 4.

concern for the merits of the performance or its effect upon the public welfare...[T]he sarcasm is not all hyperbole which has said that he would consent to strike from the proposed *Civil Code* everything but its cover, if the Legislature would enact only *that*!"[120]

B. The Case for the Common Law

As discussed above, the opponents of codification attacked the codes on a variety of grounds and contested the claimed virtues of the codes. But code opponents did not simply oppose codification, they also set out a positive case for the common law.[121] First, code opponents argued that the common law was elastic and flexible and so could adapt itself to new circumstances while statutes could not change without legislative action. Second, they claimed that the common law's "self-development" produced just rules.

The common law was elastic and statutes were not because "[o]ur common law is a particular system of reason" while statutes "are merely command."[122] Courts laid down rules "*provisionally* only."[123] In contrast, codes and statutes, based on a classification of facts before they occurred, produced fixed rules. The essential nature of classification consists in *selecting* qualities of objects, and declaring that all which possess such qualities, whatever others they may exhibit, belong to the class. When, therefore, any case arises for disposition under a Code, if it present the features belonging to a class created by it, it must be dealt with the same as other instances in that class, no matter what additional and theretofore unknown features it may present, which ought to subject, and would have subjected, it to a wholly different disposition, had the new features been present to the mind of the codifier.[124]

This elasticity was necessary because courts did not have the option of refusing to resolve the dispute underlying a common law case, as courts could in interpreting statutes concerning public law:

[I]f a controversy should arise between two men concerning the ownership of property, and there be no statute upon the subject, the unwritten law *must*, nevertheless, decide it. No matter how novel the question, it must be determined. It would not be endurable that one man should hold unchallenged possession of property to which another honestly laid claim, for the reason that the case was so novel as to render it difficult to determine to whom it justly belonged. Society may leave a criminal unpunished; private citizens do not feel an additional burden on this ground; but it cannot leave private controversies undecided, or to be decided by force.[125]

An example will help clarify the role code opponents saw for elasticity. Consider a judge confronted by contract made by an infant; the judge would assign it to the class of voidable contracts. When confronted with a new situation, a contract made by an infant but ratified after the infant reached legal age, the judge would first determine whether the new feature (ratification) was a material one which justified moving the contract from the voidable class to a new class. The first judge to confront this problem had no precedent to guide him, but was obliged to determine the issue himself. "And what was the real problem which he had to solve? Simply this: what does justice require? He was to apply to the case the social standard of justice; not to simply repeat what had been done before, but to make an original application of it."[126]

Elasticity was not indeterminacy. Code opponents believed strongly that the existing common law restrained judicial innovation.[127] Indeed, code opponents also claimed that the common law was simultaneously more stable as well as more elastic than statutes.[128]

120 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 11-12.
121 The opponents' views have important intellectual connections to the German historical school of jurisprudence, of whom Friedrich Karl von Savigny is the most famous. One of Savigny's pupils, for example, was a teacher of James C. Carter. *See* Pound, *supra* note 21, at 5. Exploring those connections is beyond the scope of this Article.
122 Bishop, *supra* note 8, at 3.
123 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 25.
124 *Id.* at 32.
125 *Id.* at 34-35.
126 James C. Carter, The Provinces of the Written and Unwritten Law 26-27 (1889).
127 *See infra* note 148 and associated text.
128 *See* Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 83 ("Next to absolute *right*, stability is the chief excellence in jurisprudence.")

Some code proponents agreed that the common law's elasticity was important. Joseph Story, for example, argued that codification need not reduce this important advantage of the common law "to a hard and unyielding character" if proper rules of interpretation were included.[129] Some claimed codes could also be elastic.[130]

Others rejected the idea of elasticity altogether. Field, for example, scornfully noted that "It does not take a 'Philadelphia lawyer' to detect the fallacy" in claims of elasticity.[131] "A changeable law is no law at all. You may call it what else you please, but it is not a rule for the guidance of intelligent beings who wish to make their conduct square with the laws of the land."[132] Similarly, C.B. Seymour complained in the *Kentucky Law Reporter & Journal* that "[t]he boasted element of elasticity is simply uncertainty. Every settled doctrine of the law ought to be incorporated into a statute, so as to be put out of the reach of the courts as far as possible."[133]

The code opponents believed that the gradual evolution of the common law was a crucial feature. The private law was "the application by the courts of the national standard of justice to the business and dealings of men. This national standard of justice... is the product of the combined operation of the thought, the morality, the intellectual and moral culture of the time."[134] The gradual evolution of this standard is a crucial part of the common law. Code proponents, James C. Carter argued in his 1895 presidential address to the American Bar Association, do not always sufficiently remember that so far as respects the ordinary doctrines of the common law, an innumerable host of cultivated human intellects, many of them of transcendent ability, have been studying and reflecting for a thousand years upon what is just, fit, and expedient in all the ordinary affairs of life. The final conclusions reached by this process are not likely to be amended by the work of a few revisers giving comparatively brief attention to each particular topic.[135]

A few code proponents saw little need for further legal developments. Montana's Decius Wade, for example, argued that "[I]n this age of the world the discovery of new principles of law is rare, but there is a constant application of old principles to new facts and conditions."[136] Most, however, agreed with code opponents that changes in the law would continue. David Dudley Field, for example, told an 1886 audience that "Who can tell what may yet happen? There may be new developments of property, new social relations, new phases of personal rights. The marvels of this generation may be supplanted by greater marvels in the next."[137] Beneficial legal changes to handle these changed circumstances came, code proponents argued, from the legislative process not from the common law.

---

129 Story, *supra* note 26, at 720.

130 Fowler, for example, argued that The administration of law is usually a struggle to include the contested case within a certain law, whether that law has emanated from the superior legislative body, or from the inferior legislative body – the judiciary. The interpreting function of a court is always restrictive or extensive, and if it err in the performance of this function, the proper checks still exist by means of appeals. Because of codification, the judicial operations do not change; with a fearless bar and an intelligent judiciary, there will be in the future, as in the past, the same effort to arrive at exact justice, the same effort to distinguish the given case and possibly as great a proportion of error, though it is thought not. Fowler, *supra* note 63, at 15; *see also Codes and Reports*, N.Y. Times, Apr. 5, 1887, at 4 ("When new cases arise common law Judges decide them upon legal analogies by a consideration of the principles governing all cases nearest similar, and with due regard to the 'national standard of justice.' That is what the Code Napoleon directs Judges administering it to do, while the Prussian Code directs new cases to be reserved for legislative action. As regards new cases codes are at no disadvantage, while as regards the immeasurably greater number of cases under the old law they give advantages . . . ."); Lindley, *supra* note 16, at 13 ("A rule of the Common Law, when expressed *verbatim* in a statute – a legislative sanction – cannot have less elasticity by reason of such expression.")

131 Field, *Law Academy*, *supra* note 75, at 253.

132 *Id.*; *see also* Martin, *supra* note 94, at 15 (courts "incapable of lifting case-made law out of its settled grooves, or changing its rules, without arrogating to themselves the right of legislation.")

133 C.B. Seymour, *Codification*, 5 Ky. L. Rep. & J. 870, 871 (1884); *see also* John F. Dillon, *Codification*, 20 Am. L. Rev. 29, 47 (1886) ("What is well settled, *can* be expressed, and what is doubtful, *ought* to be made certain, by legislative enactment."

134 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 86.

135 Carter, Presidential Address, *supra* note 69, at 24.

136 Decius S. Wade, *The Bench and Bar 1880-1884*, *in* Joaquin Miller, An Illustrated History of the State of Montana 634, 670 (1894).

137 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 249.

The careful student of history will find that from the time when the English judges resisted the negotiability of the notes of merchants down to the hour when the last shackle was stricken from the hands of woman holding of her own property and taking the fruit of her own labor, the real and healthy growth of the law has proceeded not from the seats of judges, but from the halls of legislative assemblies.[138]

The code proponents also differed from the code opponents in the conclusions they drew from the prospect of change. A code would allow us to "declare the law of what has been and now is, say that it shall continue to apply to the same experiences, in the same circumstances, affirm those general principles which are unchangeable and immortal, and leave the rest to the incoming ages."[139] Moreover, code proponents vigorously contested the justice of the common law process, often quoting Jeremy Bentham to make their point: "Do you know how Judges make the common law? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way the Judges make law for you and me."[140]

C. Summary

As this brief review suggests, the two sides disagreed about almost everything over the course of the codification debate. The debate revealed sharp differences about what constituted proper legal argument. To code advocates, the law was (or ought to be) a coherent system of principles, stated clearly and concisely and systematically arranged. Faced with a question about the law, even a non-lawyer should be able to reason out the answer by determining which of the code's principles applied. There is little distinctly legal about such an analysis, apart from the reliance on a book of legal principles to frame the analysis. Indeed, their insistence on the superior nature of codes for lay readers made it clear that most code advocates did not see the analysis as distinctive from other forms of logic.

The admirers of the common law, on the other hand, emphasized the common law process over the substantive rules. Their view of legal argument emphasized the distinctively legal nature of the analysis. Bishop assured his audience that legal reasoning "is a distinct thing from the personal reasoning of an individual judge or text-writer."[141] Rules were provisional only (except for identical cases) and the process of distinguishing cases produced the gradual evolution of the common law system. While dismissing code proponents' claims about the vastness of precedent that needed to be consulted as exaggerated, code opponents saw no problem with requiring lawyers to consult numerous case reports when necessary. It was the process of classifying the facts through the examination of precedent that would guide the result.

IV. Legal Argument and the Codification Debate

Two issues concerning legal argument (as opposed to the more theoretical points) stand out from the codification debate. First, there was a fundamental disagreement over whether codification was possible that centered on their different views about the existence of right answers to legal questions. Second, the two sides held radically different conceptions of what constituted a right answer.

A. Was codification possible?

Code proponents and opponents disagreed not only on the relative merits of codes and the common law but even on the basic issue of whether codification was possible. At one level, code proponents pointed to European codes and appealed to national pride as proof. David Dudley Field, for example, asked an audience in 1886 why it was "[n]ot possible to form a code of American common law? Are we inferior to Frenchmen, Germans, or Italians?"[142] The *New York Times* told its readers in 1886 that "[i]n most of the effete monarchies a citizen can buy for a shilling or so an authoritative declaration of the rules to which

138 *Id.* at 254.
139 *Id.* at 249.
140 *Common Law Fetichism*, *supra* note 104, at 4.
141 Bishop, *supra* note 8, at 11.
142 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 252; *see also Mr. Field Closes the Debate*, *supra* note 11, at 309 ("But, say our objectors, the Anglo-Saxon race is different from other races, no people that had the vitality of the Anglo-Saxon ever made a code? What do you

Judges must conform in deciding disputes between citizens. An American wishing to be equally well equipped must purchase some fifty thousand volumes" and hire a lawyer to interpret them.[143]

More importantly, codification was possible, code proponents argued, because very many principles of the common law have, by decisions of the courts, become fixed and settled beyond dispute. This being so, what valid objection can there be to collecting these principles together; from the unwieldy mass of reports, and enacting them into statutes clothed in plain and simple language, and made accessible to all?[144]

Indeed, they argued that all case-made law, to be justly entitled to the name of law, must contain rules or principles which can be applied to the solution of future cases. If it does not contain such rules or principles, then it is no law at all – but only a chaotic mass of arbitrary opinions.[145]

This misunderstood the nature of case law, according to code opponents. A letter on the topic in the *New York Times* in 1881 captures anti-code position. "J.R.S.," who was critical of the code, wrote that

The result of writing law in a statute is that instead of construing the principles of a given case you construe the words of the statute. The law as it is at present understood and practiced is a living body of principles, applied with all the earnestness and fidelity of which humanity is capable to endlessly modifying cases; by writing it down it is limited to the formulas in which it is stated; it is no more easy of application to the variety of cases than before, even if it be, which is next to an impossibility, exactly written... It is much as if a man were to try to annihilate his common sense and live by a book of behavior.[146]

Carter similarly termed the assumption "that the written law is *thus known*, and that the memorials of it lie in the opinions of the courts" as "false and delusive."[147] All an opinion contains, and so all that is "truly known, is that certain actually occurring instances have been decided in certain ways. These are the facts and the only facts."[148] But "law not *known*" was not the same as "law not existing":

It is a shallow view which regards law thus declared by the courts as *made* by them. The function of *making* law supposes in the body which exercises it freedom of action. Existing rules are of no binding force upon it. It can follow or disregard them according to its own views of policy and wisdom. But the judge is never thus *free*. He is bound, in declaring the law of a new case, by established rules just as much as in deciding a case which has been decided a hundred times before. The law of a new case can be determined by him only by building upon the foundation of law already known and declared. His office is to apply the existing *standard of justice* to the new exhibition of fact, and to do this by ascertaining the conclusion to which right reason,

---

say of the vitality of our friends of Louisiana? Is it that because they are partly French and partly Spanish, with a great admixture of English and American, therefore they can bear a code, whereas the sturdy Anglo-Saxon cannot?")

143 *How to Get a Code*, N.Y. Times, Apr. 26, 1886, at 4. Code opponents responded, in kind, in 1887 testimony before the New York legislature, where Carter ridiculed the letters of support Field had offered from European law professors. "Are we to go to the nations of Europe and ask what laws we should have in the State of New York?" James C. Carter, Argument of James C. Carter in Opposition to the Bill to Establish a Civil Code Before the Senate Judiciary Committee, Albany, March 23, 1887 7 (1887) [hereinafter Carter, Testimony]. Indeed the whole idea of codification, Carter wrote, was "an attempt to subject the growth and development of popular institutions to forms borrowed from countries despotic in present character, or historical origin." Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 24; *see also* Martin, *supra* note 94, at 22 (written codes to be expected "under a parental or despotic form of government" while the common law is the "natural outcome of civil progress in a democratic republic."); Bishop, *supra* note 8, at 48 ("Did you ever consider how seldom is an anarchist, or a curser of all government, born and bred in a country governed by the common law?")

144 Wade, *Necessity*, *supra* note 73, at 4

145 Martin, *supra* note 94, at 13.

146 Letter to the editor, *Mr. Field's Code, No Unfailing Devotion to the Devious Ways of the Law*, N.Y. Times, Feb. 13, 1881, at 13. This letter provoked a response by "H.D." two weeks later that argued that "Codification will render the principles of the law certain and quickly ascertainable." Letter to the editor, *The Necessity of Legal Codification*, N.Y. Times, Feb. 28, 1881, at 2.

147 Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 28.

148 *Id.*

aided by rules already established, leads. There is no arbitrary power in him; and any exercise of it by him would form clear ground for his impeachment.[149]

The Story Commission report to the Massachusetts legislature captured the difference between the two sides. Was codification possible? If codification is to be intended not only all the general principles of that law, but all the diversities, ramifications, expansions, exceptions and qualification of those principles, as they ought to be applied, not only to the past and present, but, to all future combinations of circumstances in the business of human life, it may require one answer. If, on the other hand, those terms are to be understood in a more restricted sense, as importing only the reduction to a positive code of those general principles, and of the expansions, exceptions, qualifications and minor deductions, which have already, by judicial decisions or otherwise, been engrafted on them, and are now capable of a distinct enunciation, then a very different answer might be given.[150]

Yet Story, like the later code opponents, clearly thought right answers would exist even where no positive enactment or on point decision existed. If a complete code, as he described it above, were attempted and courts were forbidden to do more than apply the text of the code, then every case of wrong and injustice and oppression, not thus foreseen and provided for, would be wholly remediless. And the mass of such cases would be perpetually accumulating, since positive legislation, however rapid and constant, can never keep up in any just proportion with the actual permutations and combinations of the business of an active, enterprising, and industrious people.[151]

Code opponents also warned against the dangers of relying on legislatures to produce codes. James C. Carter, for example, argued that.

There are large numbers in all free societies with whom lawmaking amounts almost to a passion. Legislation is the source of so many advantages that many fall into the error of thinking that it is a blessing *in se*, and not, what it more correctly is, a choice among evils, and it is so easy among us to procure the passage of laws which do not immediately conflict with some private interests that many find pleasure in the work, and fancy when engaged in it that they are public benefactors in devoting their time and talents to this form of public service. In our legislatures, too much engrossed with party and personal schemes, it is not difficult to induce acquiesence in proposals for new laws which are plausibly presented. The statement of expected benefits is received with easy credibility. Little inquiry is made concerning the possible mischiefs which may follow from the adoption of a proposed measure, and if no one offers energetic opposition it is apt to pass. It is here that the ambitious experimenters and reformers, not to say *cranks*, find their opportunity, and they are never satisfied until their whims are enacted into law.[152]

Code proponents had a number of responses to this argument but they all ultimately rested on Field's brilliance and ability. For example, conceding "it would have been a strange lack of judgment" on the part of the Montana code commission "if they had supposed that the whole body of the common law could be reduced to the form of a statute in two and a half, or in ten years," code commissioner Decius Wade explained the commission's speed by noting their reliance on Field, "one of the most eminent lawyers of this age, and whose definitions and powers of classification were never surpassed."[153]

B. Right Answers

As noted above, code proponents and opponents agreed that there were right answers to legal questions, disagreeing over whether the common law or codes provided such answers. Both saw the law as made up of universal principles but disagreed over the consequences of the existence of such principles. Early in the New York debate, the pro-code *Albany Law Journal* contended that "[t]he whole world is

149 *Id.* at 29.
150 Story, *supra* note 26, at 706.
151 *Id.* at 708.
152 Carter, Presidential Address, *supra* note 69, at 45.
153 Wade, *Necessity*, *supra* note 73, at 13-14.

not only capable of being governed by the same code, but ought to be so ruled."[154] Responding to calls for more uniform state laws on the other side of the debate, James C. Carter noted that "[o]ur unwritten law is already substantially the same, and that I have always regarded as an impressive reason for abstaining from any attempts to reduce it into written forms, which would at once (being made deficient by legislatures) tend to plunge it into diversity."[155]

The codification advocates' vision of the law was summed up in the Montana debate by prominent Montana lawyer Col. Wilbur F. Sanders.[156]

[A] citizen of Montana, who has but little money to spend on books, needs to have lying on his table but three: an English Dictionary to teach the knowledge of his own mother tongue; this Book of the Law [the Codes], to show him his rights as a member of civilized society; and the good old Family Bible to teach him his duties to God and to man.[157]

The choice of the dictionary and Bible to frame the code captures the code proponents' view of the law[158] – law was something like a dictionary definition or one of the Ten Commandments. Indeed, code advocates often invoked the example of the Ten Commandments: The *Albany Law Journal* editorialized that "God wrote down His laws and on stone, at that."[159] Like a definition or commandment, the law could be written in abstract form and arrayed logically.

Code proponents argued that the answer to a legal question had to be capable of being stated as a general principle. Thus, Field argued to the Philadelphia Law Academy that

"Suppose the members of this well-equipped academy were to take for a thesis one of the most important decisions upon your common law, and formulate the rule of law there discussed and applied. If you can do it, the rule so formulated can stand in a code; if you can not formulate it, the case is valueless as authority for any future case."[160]

To be a principle, law must be capable of being announced before a dispute arose.[161] These principles were "higher in logical rank than deduction or example."[162] Cases were merely sources of these principles, "merely so much bran to aid digestion" in the *Albany Law Journal's* memorable phrase.[163]

---

154 *The Civil Code of the State of New York, No. II., Relations of Case Law to A Code*, 2 Alb. L. J. 408, 410 (Nov. 19, 1870); *see generally* George Merrill, *An American Code*, 5 Ky. L. Rep. & J. 652 (1884) (noting that a *Kentucky Law Reporter & Journal* writer made a start on a similar project, calling for a national civil code regulating issues like the age of consent to marriage, adoption, and contracts based on his observation of the French Civil Code).

155 Carter, Presidential Address, *supra* note 69, at 51.

156 Sanders had a fascinating career in Montana, serving in the 1864 vigilance committee that broke the reign of Sheriff Henry Plummer, as a U.S. Senator from Montana, as head of the Montana Historical Society and in a variety of state legal positions. *See* Dave Walter, *Wilbur Fisk Sanders,* Montana Mag. Jan./Feb. 1984, at 58-59 (describing Sanders' career); Andrew P. Morriss, *Miners, Vigilantes, & Cattlemen: Overcoming Free Rider Problems in the Private Provision of Law*, 33 Land & Water L. Rev. 581, 642-44 (1998) (describing Sanders' role in vigilante activity).

157 *Letter to Henry Field, Jan. 24, 1896, in* Henry Field, The Life of David Dudley Field 92 (1898).

158 Field used the dictionary metaphor. *See, e.g,*. Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 253 ("Does a dictionary hinder the growth of language? Does it not rather help, by making the growth more symmetrical? The relation of a dictionary to language is not very unlike the relation of a code to the law.")

159 *Current Topics*, 23 Alb. L. J. 241, 241 (Mar. 26, 1881); *see also Mr. Field Closes the Debate*, *supra* note 11, at 309 (quoting Field as claiming that if the New York City Bar Association had been asked to comment on the Ten Commandments they would have said: "'How badly written they are! We will refer them too [sic] committee for amendment.' 'Thou shalt not bear false witness against thy neighbor.' Why against your neighbor? Do you mean that you may bear false witness against everybody else except your neighbor?").

160 Field, *Law Academy*, *supra* note 76, at 250.

161 *See id.* at 255 (noting "[t]hat only is truly law which has been provided beforehand. The suitor, whose case is to be adjudged, should have been able to know, before he acted, how to conform his acts to the law – that is, to the known law.")

162 *The Civil Code of the State of New York, A Code and Digest Compared, No. I*, 2 Alb. L. J. 385, 385 (Nov. 19, 1870). This was the idea behind the case method introduced by Christopher Columbus Langdell at Harvard Law School in 1870, where Carter had trained. Wiecek, *supra* note \h 10 at 92-93.

163 *Civil Code, No. II., supra* note 148, at 408.

Cases "are not to be recognized at all, except as illustrating a principle" and "are not themselves authoritative expositions of the law."[164] Indeed, code proponents saw each case as a separate answer awaiting a question:

The common law is estimated to consist of 2,000,000 rules. Each rule is complete in itself, and bears only casual relation to any other. But a code is not hodge-podge. It is a systematic statement of those multitudinous rules, and in it each part is related to every other.[165]

A code, therefore, was a collection of right answers stated as general principles that could solve legal problems. Courts' role was to apply the law to the facts, not to articulate the law.

Arguments of particular points, even of law and not of fact, are arguments on facts, and not on the expansiveness of laws or of their natural relations to one another, but only their relation to facts and to the particular case before the court. A and B, plaintiff and defendant, are not like X and Y in algebra, representative of classes, of the characteristics of which many deductions can be made. No! The facts in each case admit of no deduction. It is only the law involved in these facts that admits of such ratiocinative development.[166]

Indeed, code proponents argued both sides of the existence of right answers. If the common law provided right answers, there was no harm in writing those answers down; if not, settling a contested issue could only improve the law. Typical of the code proponents' views are those of an 1886 "correspondent" to the *Albany Law Journal*, identified as "[a] leading lawyer of one of the large cities of this State."[167] The unidentified correspondent, who claimed not to be familiar enough with the proposed code to have a position on its particulars, put it thus: The matter, as I understand it, may be stated in this way: Suppose that twelve of the most eminent lawyers in the State were asked certain questions in common law. If they agreed on their answers, why could they not reduce the answer to writing? If the answers could be reduced to writing why could they not be put in the form of a statute and enacted? If on the other hand the twelve failed to agree on their answers, what sort of a common law is that in regard to which the most learned expounders are at variance? And wouldn't it be well to wipe out the differences of opinion by some 'uncommon law,' printed in the books, and sanctioned by the Legislature of the State.[168]

While code proponents believed that there were and ought to be right answers to legal questions, they saw two problems with the common law that prevented it from providing these right answers. First, the common law's answers were hard to find because they required searching through hundreds or thousands of judicial opinions.[169] Second, the common law often failed to provide a certain answer to a legal question because precedents conflicted. The *Albany Law Journal,* for example, criticized a code opponent who sat on the appellate bench by noting the number of reversals, divided opinions, etc. produced by the New York courts and asking "Now, under such a system, we may well inquire, what is the law?"[170]

Such a question missed an essential point for code opponents–courts' function was not to find out the rules of law in that sense but to apply the law to facts.[171] Conflicting precedents need not signal conflict over the law but could indicate a potentially important distinction based on differing facts. Code opponents rejected the claim that the common law was hard to decipher. Carter, for example, argued that

164 *Id.* at 409.
165 *The Code and the Senate*, N.Y. Times, May 2, 1886, at 4.
166 *The Civil Code of the State of New York, No. III, Relations of Judge-Made Law to A Code*, 2 Alb. L. J. 450, 450 (Nov. 19, 1870).
167 *Current Topics,* 33 Alb. L. J. 221, 221 (Mar. 20, 1886).
168 *Id.*
169 *See supra* notes 86-91 and associated text.
170 *Current Topics*, 25 Alb. L. J. 241, 242 (Apr. 1, 1882).
171 *See* Mathews, *supra* note 39, at 16-17.

Do we find any considerable difficulty when a client comes to us and asks us what his rights are in reference to this subject or that, when it turns upon what the unwritten law is, do we find any difficulty in telling him his rights, and advising him? Not ordinarily. Of course, there are, and will be to the end of time, some difficult questions and many novel cases upon which men cannot agree, and upon which litigation will arise; but in general, I ask, how is it? Now, gentlemen, I say that our unwritten law (I mean that of our country and England) upon all the principal questions relating to the private transactions of men with each other, is in a higher state and in a better condition than that of any jurisprudence in the world.[172]

Indeed, code opponents argued that not only did the common law provide right answers but that codes were incapable of providing such answers to private law questions. Carter, for example, argued that

What occasions the most difficulty? Is it statutes, or is it the unwritten law? You have only to consult your books of reports to settle that question. You can take up any volume of reports that you please of the Court of Appeals, and I think you will find that a majority of decisions turn upon questions, not relating to the unwritten law, but upon questions relating to the statutory law; and when you consider that the questions relating to the statutory law govern only a very small part, comparatively, of the transactions of mankind, you will see that the proportion is vastly magnified.[173]

Statutory law had its place in public law and a limited role in introducing innovations into private law, they argued, but it was incapable of resolving legal questions concerning the great mass of daily interactions among individuals.[174]

Indeed, code opponents dismissed Field's draft as "a *useless* thing."[175] If it really did contain what Field claimed it did, Carter argued,

Do you suppose that the lawyers of the State would have failed for twenty years to find out the fact that our law just as it exists could be found out in this one volume of 400 or 500 pages? If there is a good book published, is there any failure on the part of lawyers to find it out? Why, they are snapped up the moment they appear. We all, every one of us, buy two or three hundred dollars' worth of books every year . . . . Why if this thing were what it pretends to be; if it were a correct statement in writing of the law as it purports to be, and as it is asserted that it is, it would have been the greatest speculation that this generation has seen to publish it; the presses of the country could not have supplied the demand for it; every lawyer would have had half-a-dozen copies, one at his house, and others at his office, and another in his trunk; waking or sleeping he would not have been without it; it would have been a necessity to have it with him.[176]

A code could not answer a legal question because it divorced principle from fact. Commenting on earlier testimony by Field, James C. Carter addressed this issue in his 1887 testimony to the New York Senate Judiciary Committee.

The gentleman [Field] said to you that he turned to a man very distinguished at the Bar of this State and asked him, "Don't you think that [a code provision] is the law; isn't that the law?" Well, he looked at it

172 Carter, Testimony, *supra* note 142, at 17.

173 *Id.* at 18-19.

174 *See* Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 18-19. The distinction between public law and private law issues was important to the code opponents', particularly James C. Carter's, view of how the law answered legal questions. Carter accepted the role of statutes in "the whole *administrative* system of the State," criminal law, "mere *special* and *political* questions" where the only issue was the will of the majority, where "*sharp* changes" in the law were required by changed conditions, and to settle the requirements of formalities. *Id.* at 17-18. The appropriate sphere for the unwritten law embraced "the rights, obligations and duties in respect both of person and property which arise from the ordinary dealings and relations of men with each other, so far as it is not expedient for considerations above stated to make them the subject of statutory enactment." *Id.* at 20.

175 Carter, Testimony, *supra* note 142, at 20.

176 *Id.* at 20-21; *see also* Carter, Proposed Codification, *supra* note 13, at 97. Somewhat snippishly, Carter went on to relate the one instance of citation of the code in a court of which he was aware, when he used it against Field in a case. *See id.* at 21.

and said, "Yes, it is the law, but it is very misleading." Well, are we to state the law in misleading terms? What greater mischief can be done than to put in statutory form a statement of the law which, although it may be held not to be incorrect, is nevertheless calculated to mislead? Everything in any statute purporting to declare the law which is in any degree misleading is almost as bad as if it were distinctly erroneous; it is the next thing to error, and in all its consequences is just about as pernicous.[177]

For the code opponents, only principles and facts together could constitute law.

At the root of the disagreement was a dispute over what law was. The code opponents saw the unwritten law "as the recognized will of that community wherein it prevails, based upon its notions of natural justice, good morals, and good policy, as gradually evolved by custom and precedent, or limited by written laws."[178] Written laws, on the other hand, "are the mandate of the supreme legislative power of a State."[179] Code proponents, on the other hand, recognized only definitive written statements as law and preferred that those receive democratic legitimacy from the legislative process.

V. Conclusion

What can we take away from the American codification debate for consideration of legal argument today? First, the code opponents' vision of the common law is largely lost from the American legal system today. In legal education casebooks emphasize discontinuities in the law, not the coherence of a system of rules. One need not accept the nineteenth century notion of the common law's "divine significance"[180] to see case law as something more than "merely so much bran to aid digestion."[181]

In the courtroom, judges and lawyers alike seem to view the common law only as an endlessly expanding catalogue of causes of action rather than a system of internally consistent rules containing limits as well. All too often public policy arguments, and usually not very good ones at that, dominate legal analysis in both briefs and opinions. Recapturing a shared sense of the common law as a system of rules that, at least, is striving toward internal consistency would be a step toward curing these problems.

Second, the idea of a limit to the appropriate scope of statutory law is also absent from most debates about law today. Statutes and administrative regulations increasingly dominate the legal landscape. Not only does such dominance threaten the survival of the common law (and personal freedom as most of the statutory incursions are into private law) but modern statutes rarely exhibit any of the codifiers' concern with systematization of the law. Instead of creating a coherent framework for resolving similar issues, statutes today employ ad hoc approaches, treating each problem as distinct.[182] Policy arguments over how to deal with particular societal issues thus are devoid of a legal dimension in which the interests of the system as a system are ignored.

We should care about these changes for reasons beyond the substantive changes in the law that accompany them. (We should care about those too, but political differences may dictate which of the substantive changes we care about.) It matters not just what societal goals our legal system sets out to accomplish but how the legal system does so. The law is not simply a tool in a social planner's kit, but part of the fabric of our society. The common law gives a vital flexibility to that fabric. In its 1836 report on codification, the Story Commission described the common law as

177 Carter, Testimony, *supra* note 142, at 10.
178 Mathews, *supra* note 39, at 10.
179 *Id.* at 10.
180 Thomas M. Cooley, *The Uncertainty of the Law*, 22 Am. L. Rev. 347, 367 (1888).
181 *Civil Code, No. II*, *supra* note 148, at 408.
182 Consider state and federal laws regulating employment. Each jurisdiction has tens, if not hundreds, of statutes regulating different aspects of employment, from insurance provision to protecting employees from discharge for serving on juries or voting. *See e.g.*, James O. Castagnera, Kenneth A. Sprang, Patrick J. Cihon, & Andrew P. Morriss, Termination of Employment: Employer and Employee Rights (1999). These laws contain inconsistent provisions on multiple issues, from the definition of key terms to the administrative requirements for bringing claims, subjecting employees and employers alike to considerable uncertainty.

not in its nature and character an absolutely fixed, inflexible system, like the statute law, providing only for cases of a determinate form, which fall within the letter of the language, in which a particular doctrine or legal proposition is expressed. It is rather a system of elementary principles and of general juridical truths, which are continually expanding with the progress of society, and adapting themselves to the gradual changes of trade and commerce, and the mechanic arts, and the exigencies and usages of the country. There are certain fundamental maxims in it, which are never departed from; there are others again, which, through true in a general sense, are at the same time susceptible of modifications and exceptions, to prevent them from doing manifest wrong and injury.[183]

A healthy legal system with a significant common law component can help society adapt to changing conditions and produce solutions whose outlines are beyond our immediate knowledge.[184]

Moreover, the common law provides a means of social dialogue noticeably absent from public discourse today. Legal argument within the common law ultimately rests on persuasive authority – a court in jurisdiction X should follow a precedent from jurisdiction Y or distinguish its own precedent in a new case because a party has persuaded it that it has the better argument based on principle. Because such a conversation must occur each time a new case arises, the possibilities for legislative logrolling are greatly reduced.

Revisiting the nineteenth century American codification debate offers the opportunity to consider these types of issues. This debate marshaled a high degree of legal intellect in a dispute that touched on many issues at the core of how lawyers regarded the law and themselves. Regardless of whether one is ultimately persuaded by the proponents or opponents, a modern reader can find much of value in the debate as well as enjoy the rhetorical skills of some of the nineteenth century's greatest legal advocates.

"EL DERECHO ES EL TÉRMINO MEDIO ENTRE ANARQUÍA Y DESPOTISMO"

(Edgar Bodenheimer)

183 Story, *supra* note 26, at 702.
184 *See e.g.*, Paul Rubin, *Growing a Legal System in the Post-Communist Economies*, 27 Cornell Int'l L. J. 1 (1994).

“LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD NO EXISTEN POR RAZÓN DE LEYES HECHAS POR EL HOMBRE. POR EL CONTRARIO, EL HECHO ES QUE LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD EXISTEN CON ANTERIORIDAD A AQUELLO QUE HIZO A LOS HOMBRES HACER LEYES POR PRIMERA VEZ.”

(Frederic Bastiat)

Derecho y Economía

LICDA. LIZZIE MEDRANO DE GAMBERALE[1]

El Acceso Preferencial que recibe Guatemala en el Mercado Europeo estuvo en Peligro

La Comunidad Europea (CE) es un socio comercial importante para Guatemala. La CE[2] es el segundo importador mundial de productos guatemaltecos, y en el año 2000 importó 439 millones de Euros[3] de mercancías guatemaltecas. Es importante notar que el 47% de estas mercancías ingresó al mercado comunitario beneficiándose de un acceso preferencial de acuerdo con el Sistema General de Preferencias (SGP) aplicable en la CE.

El SGP es un mecanismo por medio del cual los productos manufacturados y determinados productos agrícolas exportados por los países en vías de desarrollo acceden al mercado europeo con una exoneración total o parcial de los derechos de aduana. Se trata, pues, de un instrumento arancelario autónomo y complementario a la liberalización multilateral del GATT en la OMC. Las Comunidades Europeas consideran este tipo de instrumentos de política comercial un complemento de su política de desarrollo y cooperación.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha estructurado este sistema a manera que gire en torno a dos ejes: uno estándar y otro adicional, en forma de regímenes especiales de estímulo. El eje estándar es trienal y se basa, por una parte, en la modulación de los derechos preferenciales y, por otra, en la exclusión gradual de ciertos sectores o países de los beneficios del SGP. El régimen adicional se otorga con base en las condiciones especiales que las Comunidades discrecionalmente desean favorecer.

Este sistema se encuentra regulado a través del reglamento (CE) No. 2501/2001 del Consejo de Ministros de Europa (el reglamento). El reglamento regula el régimen de preferencias arancelarias que las Comunidades Europeas aplican[4] a ciertos bienes provenientes de países en desarrollo y economías en transición. En el reglamento se identifican cinco diferentes régimenes arancelarios: (i) los régimenes generales; (ii) el régimen especial de incentivo a la protección de los derechos laborales; (iii) el régimen especial de incentivo a la protección del medio ambiente; (iv) el régimen especial para los países menos adelantados; y (v) el régimen especial de apoyo a la lucha contra la producción y el tráfico de droga (régimen droga).

Como ya explicamos las preferencias arancelarias bajo los régimenes generales se otorgan a todos los países en desarrollo. Las preferencias adicionales bajo los régimenes especiales para la protección de los derechos laborales y la protección del medio ambiente son otorgados exclusivamente a los países que las Comunidades Europeas determinen que cumplen con ciertos estándares laborales y medio ambientales. Las preferencias adicionales bajo el régimen especial para los países menos adelantados se aplica solamente a los países menos adelantados listados en el Anexo I del reglamento. Por último, el "Régimen Droga" se aplica actualmente a 12 países (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Pakistán, Panamá, Perú y Venezuela).

---

1 Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, abogada y notaria egresada de la Universidad Francisco Marroquín con maestría en derecho internacional de la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica. Ex represante de Guatemala ante la Organización Mundial del Comercio en Ginebra, Suiza. Trabajo en la Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNCTAD) en Ginebra, y en la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas, Bélgica. Actualmente es profesora del curso de verano en Derecho Comercial Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín en la Ciudad de Guatemala.

2 De acuerdo al Documento de Estrategia 2002-2006 publicado por la Unión Europea en : www.ueguate.org

3 Aproximadamente US$527 millones al tipo de cambio actual.

4 El reglamento es aplicable del 1 de enero 2002 al 31 de diciembre 2004.

El Régimen Droga se instituyó en 1990 para ayudar a los países de la Comunidad Andina porque se consideró que en ellos el desarrollo y la estabilidad política, económica y social se encuentran seriamente amenazados por la producción y el comercio de estupefacientes. Actualmente la Comisión aplica este régimen especial a 12 países que viven una situación similar. Guatemala es uno de ellos, y por lo tanto se beneficia de acceso preferencial al mercado de las Comunidades Europeas a través de la Regulación 2501/2001 del Consejo.

Este sistema, que otorga a Guatemala un acceso preferencial en el mercado comunitario, fue atacado por otro país en desarrollo (la India) en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El 27 de enero de 2003 el Órgano de Solución de Controversias (OSC) de la OMC autorizó el establecimiento de un Panel para considerar la reclamación de la India en contra de las condiciones bajo las cuales las Comunidades Europeas (CE) otorgan preferencias arancelarias a ciertos países en desarrollo.

India reclamó en la OMC que el Régimen Droga, contenido en el Artículo 10 del Reglamento, es inconsistente con el Artículo I:1 del GATT 1994 (Trato de Nación-más-Favorecida) y no está justificado bajo la cláusula de habilitación[5], ni bajo el artículo XX (b) del GATT 1994 (excepciones generales). [6]

El Grupo Especial (Panel) resumió el efecto del Régimen Droga de la siguiente manera:

"Como consecuencia del Reglamento, las reducciones arancelarias concedidas en virtud del Régimen Droga a los 12 países beneficiarios son mayores que las otorgadas en virtud del Régimen General a otros países en desarrollo. Por lo que se refiere a los productos incluidos en el Régimen Droga pero no en el Régimen General, se concede a los 12 países beneficiarios acceso *con franquicia de derechos de aduana* al mercado de las Comunidades Europeas, mientras que los demás países en desarrollo deben pagar *íntegramente los derechos aplicables en virtud del Arancel Aduanero Común*."[7]

En sus conclusiones el Panel estuvo de acuerdo con India en que el Régimen Droga de las Comunidades Europeas es incompatible con la regla de Trato de Nación-más-Favorecida del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994) y no puede ser justificada bajo la cláusula de habilitación[8], ni bajo las excepciones del Artículo XX del GATT. En particular el Panel encontró que:

- El Artículo I:1 del GATT 1994 requiere a los miembros de la OMC acordar: "inmediata e incondicionalmente" un trato igual a productos similares, independientemente de su origen. India demostró que el Régimen Droga de las Comunidades Europeas es inconsistente con este artículo, porque permite un trato arancelario preferencial bajo la condición que los países que lo reciben estén sufriendo una cierta gravedad de problemas con drogas, y por lo tanto no es "incondicional".

- En los párrafos 7.161 y 7.176 de su informe el Panel constató, que "la expresión 'sin discriminación' de la nota 3 [al párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación] exige que en el marco de los esquemas SGP se concedan preferencias arancelarias idénticas a todos los países en desarrollo sin establecer diferencias, con la excepción de la aplicación de limitaciones *a priori*".

Como consecuencia de este fallo las Comunidades Europeas debían reformar su sistema de preferencias arancelarias, lo que podría implicar la pérdida de los

5 La cláusula de habilitación es la base legal en la OMC para la existencia del Sistema General de Preferencias (SGP). Esta cláusula permite a los países desarrollados ofrecer de manera no recíproca un trato preferencial (como bajos aranceles a la importación) a los productos originarios de países en desarrollo.

6 Se debe tener presente que el Trato de Nación-más-Favorecida es un principio básico de aplicación general del cual los miembros de la OMC sólo se pueden desviar en casos debidamente justificados como excepciones.

7 Reporte del Órgano de Apelación WT/DS246/AB/R del 7 de abril 2004.

8 La cláusula de habilitación establece en el párrafo 1: "No obstante las disposiciones del artículo I del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes".

privilegios del régimen Droga para Guatemala. Sin embargo la Comunidad apeló ante la OMC las recomendaciones del Panel.

En apelación Costa Rica, Estados Unidos, Panamá y Paraguay, presentaron individualmente comunicaciones de terceros participantes, y Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela presentaron una comunicación conjunta de terceros participantes en nombre de la Comunidad Andina.[9] Subsiguientemente Brasil, Mauricio y Cuba notificaron su intención de pronunciar una declaración en la audiencia en calidad de terceros participantes. El 2 de febrero de 2004, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua notificaron que tenían la intención de hacer una declaración en la audiencia como terceros participantes.[10] Y por último a través de una carta de fecha 16 de febrero de 2004, Pakistán solicitó hacer una declaración oral en la audiencia.

El 7 de abril de 2004 el Órgano de Apelación publicó su informe sobre este caso[11] y revocó algunas de las constataciones del Panel. En particular el Órgano de Apelación dijo:

- [...] Está firmemente establecido que el principio NMF consagrado en el párrafo 1 del artículo I es "la piedra angular del GATT y es uno de los pilares del sistema de comercio de la OMC"[12] que ha servido siempre de fundamento básico y motor de concesiones en las negociaciones comerciales. Sin embargo, reconocemos que los miembros tienen derecho a adoptar medidas para otorgar un "trato diferenciado y más favorable" en virtud de la Cláusula de Habilitación.[13]

- [...] Tras examinar el texto y el contexto de la nota 3 al párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación y el objeto y fin del *Acuerdo sobre la OMC* y la Cláusula de Habilitación, llegamos a la conclusión de que la expresión "sin discriminación" de la nota 3 no prohíbe a los países desarrollados miembros conceder diferentes preferencias arancelarias a productos originarios de beneficiarios diferentes del SGP, siempre que ese trato arancelario diferenciado cumpla las demás condiciones de la Cláusula de Habilitación. No obstante, en virtud de la expresión "sin discriminación", los países que conceden preferencias están obligados, al conceder ese trato arancelario diferenciado, a garantizar la posibilidad de un trato idéntico a todos los beneficiarios del SGP que se hallan en una situación similar, es decir, a todos los beneficiarios del SGP que tienen las "necesidades de desarrollo, financieras y comerciales" a las que se pretende dar respuesta con el trato en cuestión.[14]

En síntesis, el Órgano de Apelación interpretó que el párrafo 3 c) autoriza a los países que conceden preferencias a "responder positivamente" a "necesidades" que *no* sean necesariamente comunes a todos los países en desarrollo o no sean compartidas por todos ellos. En consecuencia, la respuesta a las "necesidades de los países en desarrollo" puede entrañar un trato diferente a países en desarrollo beneficiarios diferentes, porque no son considerados como similares.

Es importante notar que el Órgano de Apelación decidió no pronunciarse sobre la conclusión del Panel[15], relativa a la compatibilidad del Régimen Droga con el párrafo 1 del Artículo I del GATT de 1994.

De acuerdo con las conclusiones del Órgano de Apelación el reglamento debe modificarse para establecer cuáles son los criterios bajo los cuales un país en desarrollo puede considerarse apto para beneficiarse de un régimen especial discriminatorio.

---

9 De conformidad con el párrafo 1) de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

10 *Ibid.*

11 WT/DS246/AB/R

12 Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 69. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley* Omnibus *de Asignaciones de 1998*, párrafo 297, que dice:

> Al igual que la obligación del trato nacional, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida es desde hace tiempo una de las piedras angulares del sistema mundial de comercio. Desde hace más de 50 años, la obligación del trato de la nación más favorecida del artículo I del GATT de 1994 ha sido capital y ha resultado imprescindible para garantizar el éxito de un sistema mundial de comercio de mercancías basado en normas.

13 Párrafo 101 del informe del Órgano de Apelación (WR/DS246/AB/R del 7 de abril 2004).

14 Párrafo 173 del informe del Órgano de Apelación (WR/DS246/AB/R del 7 de abril 2004).

15 Recogida en los párrafos 7.60 y 8.1 b) del informe del Grupo Especial.

Por lo tanto, las preferencias especiales que recibe Guatemala no son ilegales, pero el Régimen Droga debe modificarse para que no se aplique solamente a la lista exahustiva de 12 países que se han beneficiado de este trato preferencial hasta el momento.

El reglamento actual es válido solamente hasta el 31 de diciembre 2004. Es apropiado esperar que las Comunidades Europeas implementarán las recomendaciones del Órgano de Apelación reformulando este reglamento a más tardar en la fecha de su vencimiento. La discrecionalidad con la cual el SGP ha sido aplicado hasta la fecha se vio seriamente puesto en duda en el caso planteado por la India en contra de las comunidades. Será interesante evaluar el efecto que este caso tendrá en la formulación de políticas de acceso preferencial de otros países desarrollados, como Estados Unidos, en favor de países en desarrollo, porque ellos también aplican en forma discriminatoria y sin criterios estrictamente comerciales acceso preferencial a su mercado.

Por otra parte sería interesante evaluar si el nuevo Acuerdo de Cooperación entre las Comunidades Europeas y Centroamérica[16] tiene las estructuras apropiadas para ampliar el diálogo comercial entre estas dos regiones. En los últimos años la Comisión de las Comunidades Europeas se ha mostrado interesada en fomentar el acceso a los mercados latinoamericanos, porque sus miembros, y en particular España, se han convertido en inversores importantes en la región[17]. A tal efecto firmó acuerdos de Asociación que contienen disposiciones de acuerdos de libre comercio con México y Chile. Además se encuentra en la fase final de un acuerdo similar con Mercosur. Con respecto a Centroamérica, la Comisión anunció en su comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo que en la próxima cumbre entre la Unión Europea y Latinoamérica que se celebrará el 28 de mayo en Guadalajara, México desea continuar preparando futuras negociaciones para un acuerdo de libre comercio con Centroamérica y la Comunidad Andina[18].

El sistema generalizado de preferencias no es un sistema perfecto. Especialmente porque es unilateral, puede ser revocado fácilmente, y ha sido supeditado al cumplimiento de estándares no comerciales. En su concepción fue creado para eliminar la discriminación que favorecía los lazos históricos, culturales y políticos que ciertos países mantenían con sus ex-colonias. Sin embargo a pesar de sus defectos es un sistema por medio del cual Guatemala se ha beneficiado de un acceso preferencial en los mercados de los países desarrollados y ha sido un motor que ha fomentado las exportaciones a estos países. En este artículo solamente hemos discutido el SGP que aplica las Comunidades Europeas, y en particular hemos analizado la reclamación hecha por la India en contra de las condiciones bajo las cuales la CE aplica preferencias arancelarias a los países en desarrollo, sin embargo este es un antecedente importante que indirectamente también afecta y pone en duda el SGP que Estados Unidos aplica.

La expansión de nuestras exportaciones es vital para el desarrollo de nuestro país y por lo tanto es importante reconsiderar todos los medios jurídicos, políticos y diplomáticos para mejorar y afianzar el acceso de nuestros productos en otros mercados.

16 Acuerdo firmado el 15 de diciembre de 2003, pendiente de ratificación.

17 El total de capital europeo invertido en Latinoamérica pasó de 176,500 millones de euros en 2000 a 206,100 millones de euros en 2002.

18 Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

LIC. EDWIN MELINI [1]

Derechos Humanos y Comercio

Sumario

I Introducción
II. El nuevo orden público internacional
III. El nuevo orden económico mundial
IV. Derecho Mercantil y Derecho Económico
V. Libre competencia y derecho de la competencia
VI. El derecho del consumidor y los derechos del consumidor
VII. Importancia de la observancia de los Derechos Humanos en esta materia
VIII. Conclusiones

I. Introducción

La importancia del comercio a nivel universal y los efectos que el derecho internacional y constitucional generan para las personas justifican esta temática la cual analizaremos desde una doble perspectiva, nacional e internacional para determinar si existe una armonización práctica del comercio y los derechos humanos en el derecho guatemalteco.

Conforme las tendencias post modernistas contemporáneas es imprescindible el análisis multidisciplinario de las corrientes filosóficas que determinan los órdenes económicos, políticos, jurídicos y sociales con el propósito de establecer cómo se reproducen paradigmas, ideologías y visiones en las legislaciones internas. Por lo anterior en este trabajo analizamos cómo se ha generado un nuevo orden público internacional paralelo a un nuevo orden económico mundial, cómo éstos se internalizan en nuestra sociedad y cómo la legislación interna desarrolla los principios doctrinarios e instituciones jurídicas mediante los sistemas jurídicos que dichos órdenes promueven, como métodos para garantizar la dignidad de los seres humanos –en tanto que personas– mediante el ejercicio de los derechos humanos.

Consciente que el derecho ha evolucionado de regular relaciones jurídicas a regular también relaciones económicas, resulta importante analizar los efectos económicos que la legislación relacionada con el derecho económico tiene para la sociedad guatemalteca en general y para los gobernados en particular. Asimismo, resulta importante analizar si existe aplicación eficaz de este derecho y si con ello, se alcanza la finalidad de certeza que se persigue para las personas y sus derechos.

Subyace en esta cuestión la complementariedad que debe existir entre orden público y libertad, la cual trasciende la dicotomía que ha existido entre las corrientes imperativistas y antiimperativistas del derecho y da paso -en la moderna teoría del derecho- a las teorías pluralistas que permiten una integración de ambas visiones, a pesar de que por los recientes acontecimientos mundiales se ha generado una corriente que tiende a dar mayor prevalencia a las corrientes imperativistas para resguardar la seguridad internacional.

II. El Nuevo Orden Público Internacional

Los estadios de la civilización humana nos permiten comprender cómo desde la sociedad tribal hasta la sociedad abierta, se han desarrollado en todas las culturas, límites a la autoridad de los gobernantes,

---

1 Doctorado en Derecho, UFM; Post Grado en Derecho Mercantil, URL; Post Grado en Derechos Humanos y Defensa del Orden Constitucional, URL; Maestría en Ciencias Sociales, UFM; Abogado y Notario, USAC; Catedrático en Programas de Doctorado y Maestría, UFM, USAC, URL; Asesor y Examinador de Tesis de grado y Maestría y Exámenes Técnico-Profesionales en USAC, UFM, URL. Especialista en Derecho de Propiedad Intelectual, Consultor Nacional e Internacional, Director Bufete Melini & Asociados.

mediante el establecimiento de derechos mínimos que se han justificado por diversas corrientes filosóficas y que se pueden encontrar en el derecho romano, el derecho natural, el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y las modernas corrientes que analizan el derecho ya no únicamente como norma, institución, ordenamiento jurídico, valor, conducta y cultura –desde la sociología, la antropología o recientemente desde el análisis económico del derecho y la política– sino como sistema jurídico ecléctico generado por la diversidad cultural inmersa dentro del actual orden universal.

Este desarrollo ha permitido que el ser humano preocupado por su dignidad humana defina y delimite esferas jurídicas que dimanan de su naturaleza de ser psico-bio-social-espiritual y que le son por lo tanto inherentes, por ser anteriores al estado, teniendo entre otras características las de ser inalienables e imprescriptibles –pero no por ello absolutos–, esferas que se han establecido para limitar el poder de los gobernantes y prevenir el abuso de éstos en el ejercicio del poder en detrimento de la persona humana; comprendiendo estas esferas los valores que todas las sociedades han validado para protegerlos por ser determinantes del desarrollo humano, tales como la vida, la libertad, igualdad, etcétera, considerando que históricamente no se han respetado.

La finalidad de preservar y proteger estos valores ha sido analizada de manera diferente por todas las corrientes filosóficas en la historia humana y en particular por las más determinantes (el racionalismo, el empirismo y recientemente el evolucionismo). Un ejemplo de ello es la igualdad formal –puesto que biológicamente todos somos diferentes– también denominada "isonomía" (igualdad ante la ley), que ya se pretendía observar en Grecia y que el derecho no ha logrado plenamente proteger de manera uniforme por existir distintas percepciones, visiones y corrientes de pensamiento en torno a los efectos que la protección formal de esta institución genera, estimando unos que los derechos fundamentales deben ser mínimos y otros que siendo simplemente enunciativos son "numerus apertus" por lo que se han desarrollado y positivizado generaciones de ellos que comprenden individuales, sociales, de la humanidad, de libertad informática y ciberespacio y ahora se discute sobre los derechos al genoma humano, propiciando con su tutela alcanzar la igualdad material.

Lo anterior ha generado debates entre los juristas formados con influencia de los sistemas romano canónico y anglosajón, como el relativo a los derechos individuales y los sociales, debate que sigue vigente paralelo con otros como los relacionados con la ética y la libertad o el más reciente entre eficiencia y equidad, por los efectos económicos que para grandes conglomerados humanos tiene la aplicación de legislación, modelos económicos y programas de cooperación que determinan políticas públicas desarrolladas con la finalidad de eliminar las sagas sociales que como consecuencia de la inequidad siguen vigentes, impidiendo el desarrollo del ser humano. Las consecuencias que genera la utilización del derecho como medio de asignación de recursos, se traducen en la necesidad cada vez mayor de la armonización entre orden público y libertad, para superar los impasses generados en la comunidad internacional por las visiones contradictorias en temas vinculados a los derechos humanos y el comercio.

No obstante que siempre han existido diferencias como éstas, la sociedad de naciones ha generado un modelo consensuado de derechos humanos, superando la discusión sobre si son valores o derechos, por ser evidente que después de discutirse sobre si son derechos naturales o producto deliberado de la razón humana, su positivización en el racionalismo francés permitió conocer las libertades públicas y su constitucionalización en Estados Unidos generó los derechos civiles como derechos originados en la propia naturaleza y dignidad humana en tanto que el ser humano es criatura de Dios. Estas dos visiones se integraron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y se han internacionalizado mediante las convenciones y otros instrumentos internacionales que han generado los sistemas internacionales de protección y además se han internado en los textos constitucionales nacionales.

Una consecuencia directa de esta universalización ha sido la prevalencia de las teorías monistas sobre las dualistas –que prevalecieron en el derecho internacional clásico–, en el cual únicamente los Estados eran sujetos del derecho internacional, lo que no ocurre en el moderno derecho internacional de

los derechos humanos en el cual las personas también pueden ser partes. Este aspecto unido a la necesidad de la humanidad de establecer normas estandarizadas de convivencia pacífica ha determinado que se delimiten ciertos principios que se aplican en los sistemas internacionales de protección y que por lo tanto informan el nuevo orden público internacional, estos son la supranacionalidad, el ius cogens, el pacta sud servanda y self executing, lo que implica que los órdenes jurídicos internos se encuentran o deben encontrarse armonizados con ese nuevo orden público internacional por generar una dogmática vinculante en múltiples disciplinas jurídicas, tales como derechos humanos, derecho laboral, derechos del niño, medio ambiente y biodiversidad, propiedad intelectual, género, derecho penal, leyes que persiguen el terrorismo, bioterrorismo, la narcoactividad y el lavado de activos, derecho económico, libre comercio, derecho de las telecomunicaciones, derecho marítimo, códigos procesales, leyes arbitrales y temas militares entre otros.

Otro efecto del nuevo orden público internacional y de las modernas tecnologías ha sido superar conceptos como el de Estado nacional y soberanía, para armonizarlos a corrientes hegemónicas que determinan los sistemas jurídicos locales obligándolos a armonizar sus instituciones, lo que implica la reserva, renuncia o disminución de la soberanía con efectos al interior de la escala jerárquica normativa de los Estados. Como resultado de este proceso nos encontramos con sistemas internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos que al armonizarse permiten que la observancia y eficacia mediante el derecho procesal constitucional y tribunales supranacionales o sistemas de solución de diferencias garanticen cada día más la tutela de estos derechos. Esta tutela se puede lograr superando la caduca concepción imperativista y positivista que sostenía que el derecho es la ley aplicando como técnica de interpretación la teoría pura del derecho, para integrar técnicas de interpretación que –como comentaremos más adelante– permiten axiológica y culturalmente aplicar la normativa, considerando criterios pluralistas que armonizan la autoridad con la libertad desarrollando un estado de justicia.

El ejercicio del poder en detrimento de la persona humana ha sido una constante histórica, sin respeto a los valores que todas las sociedades han buscado proteger, lo cual ha determinado el surgimiento de los modernos sistemas internacionales de protección y de solución de controversias que permiten una tutela cada vez más efectiva de los mismos a nivel universal. Por lo anterior, la armonización es una tarea de todos los Estados y no hay actividad que pueda estar al margen de este esfuerzo, por ello la actividad comercial no puede ser la excepción, máxime cuando las transacciones tienen trascendencia internacional vinculando aspectos públicos y privados en un orden internacional comercial basado en la lex mercatoria y prácticas basadas en la buena fe por la dinámica que los usos comerciales demandan, de tal suerte que el ejercicio de la libertad comercial se traduce en la necesidad de una regulación que modernamente se denomina derecho económico y que constituye el aspecto formal que garantiza el libre ejercicio de las atribuciones públicas y los derechos de los comerciantes y los consumidores en armonía con los textos constitucionales. En conclusión de este apartado podemos afirmar que este nuevo orden público internacional establece el marco normativo que sustenta el nuevo orden económico mundial que analizamos a continuación.

III. El Nuevo Orden Económico Mundial

Todos los sistemas económicos persiguen el bienestar humano, difieren en sus métodos; la historia ilustra cómo el ser humano para satisfacer sus necesidades ha ido por ensayo y error asignando sus recursos, generando de manera empírica y racional no sólo innovaciones, sino descubriendo en sus prácticas culturales cómo maximizar sus técnicas productivas para lograr ese bienestar. Todos y cada uno de los "ismos" que han prevalecido como sistemas económicos, han reflejado la tendencia de pasar de un estado menos satisfactorio a un estado de mayor bienestar, así podemos observar en la economía primitiva, el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo, el socialismo, el comunismo, el eurocomunismo, la socialdemocracia y otros modelos mixtos que han sido influenciados entre otras visiones por la doctrina social de la iglesia, el estado benefactor y el estado interventor pretendiendo regular la actividad económica humana.

En los últimos siglos el mundo ha sido orientado básicamente por dos visiones: Una empirista basada en la experiencia y otra racionalista basada en la razón,

como efecto de las mismas hemos visto surgir la doctrina social de la iglesia, el estado benefactor y el estado interventor pretendiendo orientar conforme a sus principios y postulados la actividad económica humana; recientemente se ha desarrollado una tercera corriente filosófica que explica el orden social desde una perspectiva evolucionista de órdenes espontáneos autogenerantes en los que el conocimiento disperso de la información permite que mediante la acción humana praxeológica se asignen los recursos de manera más eficiente en un proceso económico denominado mercado; corriente que hace prevalecer la libertad (entendida como ausencia de coacción arbitraria o sea en un sentido negativo y no positivo, como tradicionalmente se ha conocido) esta visión que aún no logra ser hegemónica se fundamenta en principios económicos del liberalismo clásico.

Es importante señalar que en materia económica, se ha agotado el debate sobre qué sistema económico es más eficiente, sin embargo aún está pendiente el relativo a cuál es el sistema más ético. Se ha trascendido de analizar la economía únicamente desde la macroeconomía, dejando la visión de economías centralmente planificadas, de competencia regulada, de subsidios y privilegios legales, fiscales y arancelarios, sustitución de importaciones y otros; se han trascendido los conflictos, norte-sur, este-oeste, centro-periferia, para centrarnos en conceptos de libre mercado, explotación de ventajas comparativas y competitivas, libre comercio, adoptando la visión de la microeconomía que da importancia a la acción humana individual sobre la planificación social pública como asignadora de recursos, aunque aún siguen vigentes modelos de estado benefactor e interventor que se contradicen con las visiones liberales clásicas y neoclásicas que plantean la reducción de la intervención estatal. Estas visiones reflejan las tendencias proteccionistas y de dominio de los mercados de los bloques regionales que se discuten, debaten y resuelven en la Organización Mundial de Comercio, ente supranacional que tiene competencia en los procesos de globalización de la economía (o transnacionalización como se ha apuntado por críticos), este proceso permite establecer que existen empresas globales que trascienden el control de los estados nacionales y generan nuevos derechos y formas de prácticas comerciales producto de las modernas tecnologías y la necesidad de protección al medio ambiente, la diversidad biológica y cultural y la propiedad intelectual, con métodos de solución de diferencias distintos de los generados por los órdenes jurídicos nacionales. Sin embargo la dinámica que imponen las modernas tecnologías y los eventos internacionales han hecho superar la globalización, inicialmente hacia la nueva economía caracterizada por las redes de información en donde el conocimiento es poder y recientemente hacia el unilateralismo pragmático, más allá del orden público internacional como una visión de protección contra el terrorismo, la paz mundial y los intereses hegemónicos. Esta cuestión es un debate en proceso que tiene gran impacto sobre las transacciones comerciales internacionales y locales y se refleja ya en el derecho económico mediante regulaciones que afectan los derechos fundamentales por su extraterritorialidad y restricción a muchas de las prácticas tradicionales del comercio o relacionadas con éste.

IV. Derecho Mercantil y Derecho Económico

Desde la perspectiva jurídica el derecho mercantil generó su autonomía por sus principios que han permitido el desarrollo de la actividad comercial profesional tanto nacional como internacional adaptándose a las innovaciones que los usos y prácticas van estableciendo. El orden jurídico internacional de las transacciones comerciales ha determinado los usos comerciales, incoterms, normas relacionadas con el transporte, los contratos mercantiles con sus características distintas de aquellas tradicionales del derecho civil y otros institutos propios. La evolución del comercio determinada por los medios de transporte, las telecomunicaciones, la tecnología, la necesidad de proteger los recursos naturales, la propiedad intelectual y el libre comercio ha determinado también la evolución del derecho mercantil que regulaba únicamente las cosas mercantiles y la empresa mercantil, a un derecho comercial más amplio que incluye también la desmaterialización o desincorporación de los títulos de crédito y otros derechos de propiedad, los contratos mercantiles modernos, el comercio electrónico, el arbitraje virtual, así como la intervención del Estado para garantizar los derechos de los comerciantes y los consumidores mediante el derecho económico que incluye también aspectos relacionados con derecho del trabajo, tributario, civil, derecho ambiental y en general con las normas de contenido económico.

Como uno de los aspectos relevantes de la actividad mercantil es que se fundamenta en la libertad de acción, libertad de industria y comercio, la competencia es un elemento determinante, de allí que es importante analizar su naturaleza, definición, conceptos, alcances y regulación, para determinar cómo se relacionan con los derechos fundamentales.

V. Libre Competencia y Derecho de la Competencia

Se conocen dos tipos de competencia: la competencia biológica consistente en el antagonismo que surge entre los animales para lograr la supervivencia y la competencia social que es la que aparece entre los seres humanos cuando tratan de alcanzar posiciones mejores dentro del sistema de cooperación y mutua asistencia. Por lo que no puede imaginarse una organización social en la cual no exista competencia. La competencia, es mas bien una contienda surgida entre dos o más personas que aspiran a una misma cosa, que se manifiesta por una gama de actos dirigidos a la conquista del comprador; la libertad es la oportunidad de competir dentro de los límites que la ley señala y con ausencia de coerción arbitraria. La libre competencia se refiere a que no se encuentre sujeta a la voluntad arbitraria, ya sea de una persona o de un grupo de personas o del Estado.

La libre competencia sólo se rige por el mercado y son los consumidores quienes por sus juicios de valor deciden qué productos los satisfacen mejor. En otras palabras, libre competencia es el derecho de todos los individuos a dedicarse a la actividad de su preferencia; es decir, a ejercer su libertad económica, cuya única limitación es la que se deriva de los derechos de los demás, consagrados en la Constitución y las leyes, entre otras por razones de orden público e interés social. Pero esa competencia no es absoluta, ya que está limitada por los derechos tanto de los otros productores como de los consumidores, mismas que son plasmadas en las disposiciones legales.

Desde un punto de vista económico, cualquier persona puede ingresar y salir libremente del mercado. Es la competencia que se da entre individuos que actúan libremente y que tiene como límite los derechos de los otros y el bien común. Sólo se puede dar en un sistema de economía de mercado, que se caracteriza por ser un sistema individualista y que reconoce la propiedad privada de los medios de producción, como un derecho inherente a la persona. Desde un punto de vista jurídico, para el autor Franceschelli "es la situación en la cual se hallan actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios capaces de satisfacer, incluso con medios diferentes, las mismas necesidades y que están en una situación de conflicto de intereses frente a la clientela". Para que exista es necesario que se de un Estado de Derecho, en el cual se tenga como objetivo principal el lograr la igualdad de todas las personas ante la ley, sin ningún tipo de privilegio y garantizar la libertad individual. La libertad jurídica consiste, no solamente en la facultad de actuar fuera de lo ilícito, sino también, en conductas autorizadas expresamente por el derecho y en conductas, que sin estar reguladas por él, están protegidas por el ordenamiento jurídico.

Derecho de la Competencia, según el autor Hermenegildo Baylos Corroza, es: "el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y que la lucha entre competidores se desenvuelva con lealtad y corrección". Este derecho se divide en las limitaciones de la competencia y el derecho de la competencia desleal. El primero se ocupa de regular la licitud o ilicitud de las limitaciones a la competencia establecidas por los propios competidores y el segundo es el conjunto de normas que prohíben que la competencia se desarrolle con actuaciones irregulares e incorrectas. La regulación contra la competencia desleal surge en el siglo XIX de la mano del liberalismo económico; una de las conquistas de la revolución francesa consiste en la denominada libertad de industria y de comercio, en la libertad de competir, libertad que en otras etapas históricas no existía. La posibilidad de dedicarse libremente al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, que era necesario evitar que participantes poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas, es decir, desleales.

Por ello surge la protección contra la competencia desleal, siendo en definitiva la regulación tradicional de la competencia desleal proteger a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos que pudieran perjudicarles. Después de la Segunda Guerra Mundial se produce

en Europa la recepción del ***Derecho Antitrust Norteamericano***. Con la legislación ***antitrust*** el empresario tiene además del derecho a competir una obligación de competir que si es violada por él lo hace sujeto a las sanciones establecidas en la ley. Esa regulación legal se fundamenta en la idea de que el sistema competitivo de economía de mercado es el más eficiente para la asignación de los recursos económicos y este planteamiento lo asume y lo impone el legislador por medio de la legislación ***antitrust***. Por lo anterior, el criterio fundamental no es ya la protección del competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado. Posteriormente surge el movimiento de protección de los consumidores en los años sesenta, basado en la idea de que existe un gran desequilibrio entre el consumidor, el ciudadano normal y las empresas, de donde resulta que éstas pueden cometer y cometen toda clase de abusos impunemente. Para restablecer cierto equilibrio en esas relaciones es indispensable la intervención del legislador. Se trata de proteger a los consumidores mediante la imposición de normas legales de carácter imperativo, se pone de relieve la importancia del consumidor y la vinculación de la protección de los consumidores con la protección del propio sistema competitivo.

Ahora bien, dada la tradicional situación de inferioridad e indefensión en que se encuentran los consumidores, ocurre que éstos no pueden ejercer el papel que deben desempeñar dentro del sistema competitivo. Por consiguiente, la protección de los consumidores, al fortalecer a éstos, cumple también una función competitiva de primer orden que consiste precisamente en poner a los consumidores en posición de ejercer el papel que les corresponde dentro de un sistema de economía de mercado y que es indispensable para que ese sistema pueda funcionar correctamente. Todas estas consideraciones llevan a concluir, por tanto, que las normas sobre competencia desleal tienen también por finalidad la protección de los intereses de los consumidores, intereses que han de ser tomados en cuenta, por consiguiente, tanto al elaborar esas normas como al interpretarlas y aplicarlas. Una de las consecuencias más importantes de este planteamiento consiste en el reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de acciones por competencia desleal.

Ahora bien, si se reconoce que las normas sobre competencia desleal tienen la finalidad también de proteger a los consumidores y se legitima a éstos para el ejercicio de las acciones correspondientes, surge otra cuestión: la de determinar hasta qué punto son compatibles tales normas con disposiciones legales dictadas específicamente para proteger a los consumidores contra algunas actuaciones empresariales ilícitas reguladas por los preceptos sobre la competencia desleal.

La competencia desleal puede referirse específicamente al ámbito mercantil o estar vinculada a la propiedad intelectual, debe diferenciarse entre la competencia prohibida y la ilícita que puede referirse a ilicitud por tipificación penal o ilicitud por dolo civil que da lugar a las reparaciones de los daños mediante acciones indemnizatorias o restauradoras. En la actualidad las acciones de competencia desleal mercantil se regulan por el Código de Comercio y las de propiedad industrial por la Ley de Propiedad Industrial. Las normas que establecen los derechos del consumidor como veremos son de orden público a diferencia de las relacionadas con las actividades mercantiles y de propiedad industrial en las que la autonomía de la voluntad prevalece en algunos supuestos.

VI. El Derecho del Consumidor y los Derechos del Consumidor

Estando el derecho inmerso en un mundo comercialmente globalizado que tiende a una apertura cada vez mayor, es lógico que cada día se estimule y desarrolle un tráfico mercantil intenso, no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional, lo que provoca una mayor cantidad de conflictos entre los sujetos participantes, sean éstos compradores y vendedores o comerciantes y consumidores. Esto ha obligado a que la comunidad internacional por medio de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/248 de abril de 1985 establezca la obligación de los estados de proteger y salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los consumidores en armonía con las legislaciones constitucionales y locales. Así pues nos encontramos con que el Estado, a través del derecho ha estimado que hay que proteger, efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado

y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

El fundamento constitucional del derecho del consumidor, lo encontramos en los artículos 119 literal i) y 130 de la Constitución Política guatemalteca que protege el derecho de restringir la libertad de mercado que perjudique a los consumidores. Sin embargo, es preciso delimitar el derecho del consumidor como "disciplina jurídica que regula la promoción, divulgación y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, establece las infracciones, sanciones y procedimientos aplicables en esta materia", derecho que es tutelar de los consumidores y usuarios y se considera un mínimo de derechos y garantías, cuyas características son la irrenunciabilidad, el interés social y el orden público. Esta moderna disciplina se aplica a todos los actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y/o usuarios dentro del territorio de Guatemala, se aplica a todos los agentes económicos sean personas naturales o jurídicas, aplicándose supletoriamente respecto a normas contenidas en leyes especiales relacionadas con servicios públicos. Es importante que el derecho del consumidor no aplica a los servicios personales prestados en virtud de una relación laboral, ni a los servicios profesionales o técnicos para cuyo ejercicio se requiera un título facultativo. En Guatemala la Ley de Protección al Consumidor y Usuario fue aprobada por Decreto 6-2003 del Congreso de la República publicado en el diario oficial el 11 de marzo del año 2003. Sin embargo es importante diferenciar este derecho de los denominados derechos del consumidor que analizaremos luego.

La doctrina del derecho del consumidor es relativamente nueva, por ello no le ha sido fácil encontrar una definición adecuada, como sucede con cualquier disciplina, tema, institución o fenómeno jurídico, máxime si como sucede con esta disciplina, se trata de un derecho nuevo; no obstante, podemos relacionar el derecho del consumidor con su génesis principalmente en la libertad de comercio que protege el libre accionar de los comerciantes en su anhelo por el ánimo de lucro, promoviendo además la libre y leal competencia entre éstos. Sin embargo, el contenido de esta garantía se ha ensanchado hasta la protección de los consumidores, tal y como lo plantea Broseta, cuando afirma que "las normas de la competencia mercantil ya no están exclusivamente orientadas a proteger o tutelar a los empresarios, sino que tienden a defender los intereses de los consumidores, así como sus derechos económicos y sociales", la defensa de los consumidores, adquiere relevancia en cuanto poder compensador en una economía de mercado que debe equilibrarse con el principio de libertad de empresa.

Asimismo hay autores que antes de dar una definición de derecho del consumidor, advierten la necesidad de no confundir los conceptos de derecho del consumidor y derechos del consumidor, transportándonos a los prolegómenos de la ciencia del derecho que diferencian derecho objetivo y derecho subjetivo, siendo que el primero es el objeto de estudio, sea un conjunto de normas determinado por una disciplina, en cuanto sea un conjunto que tiene organicidad y autonomía y el segundo constituyendo las atribuciones y potestades que el primero le confiere en una situación concreta. Si trasladamos esta diferencia al tema que nos ocupa, diremos que el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los derechos del consumidor, al contrario, son modernamente la proyección individual del derecho del consumidor. Los derechos del consumidor dimanan del derecho del consumidor. Podemos concluir diciendo que el derecho del consumidor es aquel conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo.

Para analizar los derechos del consumidor es necesario estudiar al sujeto de la relación jurídica de consumo; obviamente el sujeto de la relación jurídica de consumo es el consumidor, aunque también se habla conjuntamente de usuario. En la mayoría de los casos no se hace una diferencia sustancial entre consumidor y usuario, ya que se entiende que engloban el mismo concepto, sin embargo hay autores que hacen la diferencia y la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (Decreto 6-2003 del Congreso de la república) en su artículo 3 deja claras estas diferencias, señalando que el primero adquiere bienes y el segundo servicios. Ahora bien, indistintamente si nos referimos a consumidor y/o usuario, lo cierto es que se trata de un nuevo sujeto del proceso económico que merece especial tutela por considerarse que es la parte más débil de la relación jurídica de consumo.

También podemos decir que los consumidores son: "aquellos a los que la producción es destinada y se presume que están en situación de inferioridad ante las empresas, tanto en lo que concierne a la reparación de los daños causados, como en lo que se refiere a la prevención". Vemos cómo el consumidor y/o usuario como consecuencia de esta legislación es un nuevo sujeto social, jurídico-económico como en el pasado lo fueron el obrero, el sujeto agrario, la mujer y otros que por considerarse que se encuentran en una relación jurídica desventajosa el Estado interviene en tales relaciones, a efecto de "equilibrar" la situación, por medio de todo un sistema normativo-valorativo, establecido por leyes de orden social, de ahí que se considere este derecho como tutelar, irrenunciable y de orden público. En este sentido, es oportuno observar al margen de la disposición normativa y conforme a lo que hemos comentado sobre los enfoques filosóficos que determinan las normas jurídicas, que este tipo de normas pretenden establecer una igualdad de manera formal mediante la asignación de derechos y es válido cuestionarse si ello genera la igualdad ante la ley o lo contrario de esa finalidad.

Los derechos de los consumidores y/o usuarios, a nivel doctrinario, y de derecho comparado son derechos subjetivos en la doctrina extranjera y en derecho comparado. Los derechos básicos del consumidor, casi en todos los países que lo tienen a nivel constitucional y legal, se pueden resumir en los siguientes: Derechos a la protección de su salud y seguridad, intereses económicos y sociales, información correcta, educación y formación, representación, consulta y participación, protección jurídica, administrativa y técnica en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, indemnización o reparación de daños y perjuicios sufridos. En la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala se establecen disposiciones generales y se definen los derechos de los consumidores y usuarios en el artículo 4º sin perjuicio de lo establecido en otras leyes, considerando como derechos básicos los siguientes:

a) La protección a su vida, salud y seguridad en la adquisición, consumo y uso de bienes y servicios.
b) La libertad de elección del bien o servicio.
c) La libertad de contratación.
d) La información veraz, suficiente, clara y oportuna sobre los bienes y servicios indicando además si son nuevos, usados o reconstruidos, así como también sobre sus precios, características, calidades, contenido y riesgos que eventualmente pudieren presentar.
e) La reparación, indemnización, devolución de dinero o cambio del bien por incumplimiento de lo convenido en la transacción y las disposiciones de ésta u otras leyes o por vicios ocultos que sean responsabilidad del proveedor.
f) La reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación, el valor en la compra de otro o por la devolución del precio que se haya pagado en exceso, cuando la calidad o cantidad sea inferior a la indicada.
g) La sostenibilidad de precios con el que se oferte, promocione, publicite o rotule el producto en el establecimiento comercial respectivo.
h) La devolución al proveedor de aquellos bienes que éste le haya enviado sin requerimiento previo. En este caso, el consumidor o usuario no está obligado a asumir responsabilidad ni a efectuar pago alguno, salvo si se comprueba que el consumidor o usuario ha aceptado expresamente el envío o entrega del bien, lo ha utilizado o consumido.
i) Recibir educación sobre el consumo y uso adecuado de bienes o servicios que permita conocer y ejercitar sus derechos y obligaciones.
j) Utilizar el libro de quejas o el medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para dejar registro de su disconformidad con respecto a un bien adquirido o un servicio contratado.

En esta ley también se regulan las obligaciones del consumidor o usuario, las organizaciones de los consumidores y usuarios, los proveedores (sus derechos y especialmente sus obligaciones y prohibiciones). También regula disposiciones especiales sobre información y publicidad, normalización y metrología, créditos para el consumo, prestación de servicios, servicios públicos, seguridad de los productos y servicios, protección contractual en los contratos de adhesión y las disposiciones generales sobre la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, determinando sus atribuciones, organización administrativa y finalmente las infracciones y sanciones así como los procedimientos administrativos para la solución de conflictos, la aplicación de las sanciones y la impugnación de las resoluciones, temas que no analizamos por la naturaleza de este trabajo.

VII. Importancia de la Observancia de los Derechos Humanos en esta Materia

Como comentamos en este trabajo, subyacen en la relación mercantil el orden público y los derechos fundamentales relacionados con la libertad, de tal suerte que la autonomía de la voluntad en materia de contratación tiene como límite las disposiciones de orden público relacionadas con el derecho del consumidor y especialmente con los derechos humanos que están regulados en los sistemas internacionales de protección y la Constitución.

Por lo anterior, resulta importante comentar que pueden darse diversos supuestos de violación a los derechos humanos derivados de aspectos sustantivos o procesales. Efectivamente debe observarse que ninguna disposición de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario limite los derechos de los sujetos de la relación jurídica de consumo, de manera que disminuya o restrinja éstos, dejando a cualquiera de las partes en estado de indefensión fáctica. También existe el supuesto de violación de estos derechos en las relaciones contractuales en las cuales pueden disminuirse por abuso en el ejercicio de un derecho. La cuestión medular es la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias, cláusulas y estipulaciones contractuales con los derechos fundamentales de manera que no se restrinjan, violen o disminuyan los mismos. Debe también observarse que la tutela y naturaleza de orden público de la ley no se utilice de manera arbitraria para intimidar, coaccionar a los proveedores de bienes o servicios mediante el ejercicio abusivo de los derechos de los consumidores o por la autoridad. En este sentido es importante recordar el principio de legalidad que impide la actuación arbitraria estableciendo como medio de defensa del orden constitucional el proceso de amparo para reestablecer el orden jurídico vulnerado.

Finalmente, también es importante analizar los efectos económicos que la legislación relacionada con el derecho económico tiene para la sociedad guatemalteca en general y para los gobernados en particular, en este sentido este aspecto puede analizarse desde la visión de la libertad individual, la autonomía de la voluntad y considerarse que este tipo de legislación de tipo social tiende a desvirtuar el principio de igualdad ante la ley al generar normas de reparto que pretenden establecer la igualdad formal tutelando al consumidor o usuario, ello restringe la libertad de contratación al sujetar la relación jurídica de consumo a supuestos que considera irrenunciables y de orden público, desde esta perspectiva el Derecho Económico interviene en la voluntad particular, sin embargo, también puede analizarse que estas normas tutelares previenen el abuso en el ejercicio del derecho en aquellos casos en los cuales una de las partes abuse del ejercicio de su derecho, dejando en estado de indefensión a la otra, que, de no existir este tipo de normas tendría que acudir a procedimientos judiciales más complejos y onerosos, de manera que podría también afirmarse que esta legislación tutela también derechos individuales al promover mayor equidad en las relaciones privadas.

Otro aspecto que merece analizarse es el relacionado con los costos de transacción que esta legislación genera y si las partes están dispuestas a internalizarlos, porque desde el punto de vista formal se pretende una igualdad y equidad en las relaciones jurídicas de consumo, pero debe analizarse si este tipo de legislación puede tener como efecto y resultado disminuir o eliminar todos aquellos supuestos que pretende prevenir, es más, si los derechos de los consumidores allí estipulados podrán hacerse positivos en la contratación mercantil, asimismo cuál será el costo social de aplicar esta normativa, porque en la práctica también puede suceder que la solución alternativa de diferencias que genera la ley pueda generar transacciones fuera del procedimiento legal dejando en desventaja a los propios consumidores o a los proveedores y en supuestos más graves sujetos a mecanismos de corrupción que el propio sistema administrativo puede generar. ¿De qué manera la falta de supervisión o fiscalización de la aplicación de esta normativa también puede coadyuvar a que se encuentre formalmente vigente, pero no sea positiva y con ello se vulneren de otra forma los derechos que se pretenden tutelar? Como en todos los supuestos de positivización de normas, existe la posibilidad de generar observancia mediante la aplicación de los procedimientos, pero no debemos olvidar que también mediante los procesos culturales los seres humanos buscando su propio interés generan usos y prácticas que muchas veces son más eficientes que aquellas formales. Estos procesos culturales, en el caso del Derecho, pueden acelerarse si existen precedentes, que son los que al final pueden generar certeza y determinar si los supuestos normativos son

eficaces; porque no debemos olvidar que la interpretación y aplicación queda sujeta al intérprete administrativo o judicial que está obligado a la internación y armonización del derecho para que cumpla su finalidad de dar la certeza que se persigue para las personas y sus derechos.

VIII. Conclusiones

I. Los nuevos ordenes público internacional y económico mundial determinan la necesidad de que los Estados nacionales emitan dogmática vinculante que asegure la tutela efectiva de los derechos fundamentales contenidos en los sistemas internacionales de protección.

II. El impacto de las tecnologías, la globalización económica, la necesidad de proteger la propiedad intelectual, el medio ambiente, la diversidad y la seguridad de las personas incide en que las transacciones comerciales se regulen de manera que armonicen los usos y prácticas tradicionales con la necesidad de seguridad y certeza que el comercio demanda.

III. El derecho mercantil ha evolucionado para regular no sólo la actividad profesional de los comerciantes en sus actos de comercio y transacciones mercantiles, sino en aquellas relacionadas con el derecho de la competencia, el derecho económico y el derecho del consumidor.

IV. El derecho económico regula los derechos del consumidor para garantizar una tutela adecuada, de manera que se observe equidad en la relación jurídica de consumo.

V. La Ley de Protección al Consumidor y Usuario es un instrumento jurídico de reciente promulgación que debe analizarse para determinar su armonía con la Constitución Política de la República y los instrumentos relacionados con derechos humanos y debe aplicarse garantizando adecuadamente dichos derechos a los sujetos de la relación jurídica de consumo.

VI. Es importante establecer precedentes en esta materia para poder analizar oportunamente la eficacia de esta legislación social y determinar si los derechos del consumidor formalmente establecidos y debidamente aplicados por la autoridad competente, al ser observados adecuadamente, generan una cultura de respeto hacia los consumidores.

VII. Oportunamente, será importante analizar los efectos económicos que para la actividad mercantil tiene la Ley de Protección al Consumidor y Usuario en particular para los proveedores, consumidores y usuarios.

"ORDEN NO ES UNA PRESIÓN QUE DESDE FUERA SE EJERCE SOBRE LA SOCIEDAD, SINO UN EQUILIBRIO QUE SE SUSCITA EN SU INTERIOR."

(José Ortega y Gasset)

Historia

DR. OSWALDO SALAZAR[1]

La Novela y las Formas Jurídicas

La obvia paráfrasis de las famosas conferencias que Michel Foucault pronunció en la Universidad Católica de Río de Janeiro, del 21 al 25 de mayo de 1973[2], tiene su razón de ser. En aquella ocasión, el filósofo francés ponía a la verdad delante de las formaciones discursivas propias del pensamiento jurídico. Por supuesto, viniendo de un Foucault post *Las Palabras y las Cosas*, tenemos que asumir su crítica nietzscheana de la metafísica y, en cuanto tal, de la ingenua y objetiva posibilidad de la verdad. Así, cuando digo "la novela" me estoy refiriendo, justamente, a la verdad en el sentido arqueológico que Foucault forjó a lo largo de su truncada carrera.

Históricamente, el ser humano (al menos aquellos que nos identificamos central o periféricamente en ese nebuloso nicho del tiempo que llamamos "Occidente") ha desconfiado de lo que le es más propio o más cercano. Aquí cabría desarrollar un discurso completo sobre la otredad; sin embargo, los derroteros del discurso nos llevan, más bien, por el camino de las palabras y, sobre todo, las configuraciones formales de palabras que usamos para nombrar, explicar y justificar las cosas que vemos, hacemos o queremos que otros hagan. Y digo que siempre hemos desconfiado de esas cosas cercanas porque basta echarle una mirada a la historia del pensamiento occidental, para acusar rápidamente la voluntad explícita de sustitución de todo aquello que da cuenta de la experiencia cotidiana: el mito, la leyenda, la tradición oral, y, a escala individual, la memoria, la opinión y todo aquello que expresa a nuestra propia subjetividad desde su perspectiva parcial.

El hombre occidental ha aprendido a vivir, digámoslo de esa manera, a mitad de camino entre distintos discursos, adoptando uno y reservando el otro para los momentos en que la circunstancia reclame sus rasgos característicos. Las cuestiones humanas, que atañen a las personas en sus menesteres personales y sociales, por ejemplo, han sido tamizadas a través de infinidad de distintas redes discursivas que miden, calculan, cercan, señalizan, el territorio del relato que las recoge en su estado original. Una de ellas, probablemente de las que más auxilian al solitario y ambiguo camino del novelista, es la memoria. Estoy pensando por igual en la personal como en la que viene en la tradición familiar o de los ámbitos que rodean la crianza y el crecimiento consciente de los individuos.

En Guatemala, país donde la escritura y la industria editorial no han unido sus fuerzas aún, la tradición oral fomentada en la familia, el barrio, el pueblo, la etnia, e incluso la ciudad, tiene una importancia capital. Algunas cosas, por ejemplo la historia criminal, o la historia judicial de nuestro país, es algo que no se comenta si no es en el seno protegido de la casa o de la confidencia personal. Ahora (pero eso

---

1 Licenciatura en Filosofía y Literatura en la Universidad Francisco Marroquín, 1986. Estudió su Maestría en la Universidad de Boston, 1990. Doctor en Filosofía de la Universidad de Boston, 1994. Fue catedrático de la Facultad de Humanidades de la Universidad Rafael Landívar (1990-1991). Luego, a partir de 1991 a 1993 fue Vicedecano de la Facultad de Humanidades de la Universidad Rafael Landívar. Ocupó el cargo de Decano de la Facultad de Humanidades y el de Director del Departamento de Filosofía de la Universidad Rafael Landívar, de 1993 a 1996. En el período de 1997 al 2000 fungió como asesor del Presidente de la República con respecto a asuntos culturales, en la Secretaría de Análisis Estratégico. A partir del 2000 hasta la actualidad, es catedrático de tiempo completo de Filosofía en la Universidad Francisco Marroquín.

2 FOUCAULT, M. (1999): *Estrategias de poder*. Barcelona: Paidós.

es muy reciente), el surgimiento de los tabloides nos entrega día a día una crónica inmediata de las atrocidades criminales que suceden en Guatemala. Sin embargo, al día siguiente, ese crimen que creíamos el más perverso y retorcido es sustituido por otro y dejamos al primero en el olvido con una rapidez asombrosa. Incluso aquellos crímenes curiosamente llamados "sonados", de los cuales la población demanda esclarecimiento y condena, se pierden en la dinámica incesante de la acumulación.

Es así, a través de estas vías alternas, como llegó a mí la noticia de un crimen más recordado por su nombre que por sus características patológicas. Estoy hablando, obviamente, del "crimen del tecomate". Mis padres, nacidos ambos durante los catorce años de régimen "ubiquista", me transmitieron el ambiguo, imaginativo por no decir fantasioso, e inexacto relato del niño que escucha a los mayores hablar de algo que no entiende. Se trataba de un relato sin lugar, sin tiempo preciso, era de ese tipo de cuentos que se inician por el final y que dicen, más o menos, así: "Ubico la fusiló... Es que envenenó al marido y como El Hombre no perdonaba... la mataron... Todo Guatemala estaba pendiente del caso." Y cuando uno indagaba por más detalles (esos que sirven de apoyo a la hora de hacer creíbles situaciones y psicologías) los mayores callaban. No se sabía más. Alguien se aventuraba a inventar algo que creía haber oído en un momento difícil de precisar. Y el relato se tornaba más misterioso.

Pero ya en el caso concreto del régimen "ubiquista", los canales de información eran, si no oficiales, casi oficiales. *El Liberal Progresista*, diario del gobierno, traía una información completa en clave de logros del Señor Presidente. *El Imparcial*, por su parte, seguía los cánones de la exactitud y la imparcialidad (valga la redundancia) objetiva. Y el *Diario de la Policía Nacional*, oficialista también, se ocupaba de la nota roja y lo hacía en una clave explicativa, casi didáctica, de los horrores que la justicia "corregía".

Así, entonces, ante el silencio de los mayores, la búsqueda de más información sobre el caso en cuestión, pronto se enfocó en esa prensa que llenó con creces las lagunas de tiempo, de lugar, de nombres, oficios, y todo lo que era resultado de la fantasía de quienes, por años, se habían fiado de la memoria. Pero aquí las cosas ya habían cambiado.

El reportaje periodístico busca, en general, recoger los hechos; pero en el caso de un crimen, esos "hechos" no son más que el recuento de un acontecimiento: el descubrimiento de un cadáver, la captura de alguien que se dice inocente, etcétera; circunstancias todas que nos hacen suponer una historia detrás. En aquella época no se practicaba, como sucede hoy, el reportaje periodístico, la reconstrucción de esa historia que la noticia sólo supone y deja a la imaginación de los lectores. Los periodistas, que eran muy escrupulosos en cuanto a los posibles vuelos de la imaginación, cuando se trataba de algo que involucraba a la justicia, se dejaban imponer los límites discursivos por la que era, en ese entonces, la fuerza de choque, el brazo efectivo de la justicia, la policía nacional. Leído con atención, el reportaje del crimen es un calco casi exacto del parte de la policía que aparece en el expediente del juicio. Esto era, imagino, políticamente correcto para los periodistas: mantener una fidelidad seguramente vigilada por las fuerzas del orden de Ubico.

Ahora bien, un diario (y más cuando es oficial u oficialista), cuando edita una noticia, escoge las palabras, la frase sintética, impactante, y el enfoque que se le da a ese registro de un hecho enigmático, se hace siempre en el marco de una moral que no es más que aquella de la sociedad que es su destinataria. En el caso del crimen del tecomate, el titular de *El Imparcial* fue: "Toda una familia mata al jefe de casa con tecomate lleno de garrapaticida y larvas. Un inocente inculpado"[3]. En ese título está cifrada la moral de una sociedad que tiene como base a una familia jerarquizada en una rígida línea paterna. En el fondo de estas palabras, ¿qué es lo que realmente se está comunicando? ¿El hecho en cuanto tal? ¿El oprobio de un crimen? O más bien, ¿el sentido anárquico de un hecho criminal que, más allá de segar la vida de un hombre, busca romper las claras y rígidas estructuras de una autoridad hasta ahora no cuestionada? Este "recuento" objetivo trae ya, entonces, una interpretación como telón de fondo

3 Primera plana del miércoles 12 de abril de 1939.

donante de significado. Y es allí donde se forja un "escándalo" que "indigna" a una pacífica sociedad. Pero éste es sólo el comienzo. No hay aquí más que la preparación de una opinión pública favorable a la validación de los límites normativos impuestos por esa misma sociedad. Es aquí, exactamente, donde empalma el último discurso: el jurídico.

Cuando Foucault elige referirse al pensamiento jurídico más en términos formales que en términos meramente discursivos, no es al azar. Nos habla de las "formas" jurídicas. ¿Qué significa esto? En filosofía, el término "forma" nos lleva de vuelta a los clásicos problemas de la lógica y la metafísica aristotélicas. Es posible hablar de forma cuando, como una presuposición, juzgamos real la diferencia entre un continente y su contenido. Un mismo contenido puede ser presentado con distintos continentes. No vamos a discutir acá si la forma, en cuanto principio constitutivo de su contenido, pertenece o no naturalmente a *ese* contenido (en cuyo caso la forma, así como lo que contiene, sería única, y cualquier otra formación constituyente tendería a desvanecerse a favor de aquella que es consustancial a lo contenido). Este problema es todavía más superfluo cuando hablamos de "formaciones discursivas". Lo dicho puede tener infinitas formas de decirse. Lo contado, igualmente, puede referirse de muchas formas dentro e incluso fuera del territorio propiamente narrativo.

Ahora bien, desde sus inicios griegos, la forma tiene una vocación esencialista, socrática, deberíamos decir. Esto significa que se vincula directamente con el proyecto de la verdad, esto es, con el anhelo de llegar a saber de una vez por todas, sin lugar alguno a dudas, que algo es lo que nosotros pensamos que es. Estamos diciendo, entonces, que la pretensión de verdad es equiparable a la voluntad de identificación entre el pensar y los resultados del saber ver, del método. Es así como los mitos se reducen a argumentos filosóficos y los relatos cotidianos, cuando han transgredido lo que está dicho de antemano por el carácter preventivo de la ley, son reducidos a "formas jurídicas".

Por ello, en sus conferencias de Río de Janeiro, Foucault nos dice: "He aquí el panorama general del tema que trato de desarrollar: las formas jurídicas y, por tanto, también su evolución en el campo del derecho penal, en tanto que lugar de origen de un número determinado de formas de verdad." En su análisis histórico, el filósofo francés muestra cómo algunas de esas formas de verdad son definidas a partir de la práctica penal. Dos de esas prácticas (que, desde el siglo XV al XVIII, abarcaron otros *dominios* de la verdad, a saber, la geografía, la botánica, la zoología y la economía) son las denominadas *enquête* y *examen*.

La primera, que debería entenderse como "encuesta", en el sentido de "reunión investigativa de datos", ha acumulado, a lo largo de los siglos, complejas técnicas de averiguación para saber quién había hecho qué, en qué condiciones, y en qué momento preciso. Pero esto sólo es el principio de la "formación" de la verdad jurídica. Hace falta el paso analítico. "En el siglo XIX –nos dice Foucault— se inventaron también, igualmente, a partir de problemas jurídicos, judiciales, penales, formas de análisis bastante sorprendentes... Tales formas de análisis dieron lugar al nacimiento de la sociología, la psicología, la psicopatología, la criminología, el psicoanálisis."[4] Y es sorprendente constatar que esas formas de análisis "nacieron ligadas directamente a la formación de un determinado número de controles políticos y sociales..."[5]

En esta oportunidad me interesa referirme, especialmente, a la *enquête*, ya que es la práctica penal por donde se inicia el proceso de "formación" de la verdad de un determinado caso. Y ese proceso formativo, precisamente por el camino esencialista de búsqueda de la verdad que sigue, trastoca el carácter originalmente narrativo de un hecho delictivo. El establecimiento de las "responsabilidades" (adscritas, además, a individuos entendidos como "sujetos" donde recae la ley) es el inicio de la imposición de una lógica causal al flujo de los hechos y el momento en que se aplica, también, un modelo de funciones de los distintos individuos que toman parte en la acción de la trama. La *enquête* es el lente que distorsiona el hecho narrativo de tal forma que

4 Foucault, Op. Cit., p. 172.
5 Ibid, p. 173.

coincida con el modelo previsto por la ley donde alguien es víctima y otro victimario, donde hay cómplices y testigos y parte acusadora y aquellos que dan su testimonio. Y el hilo conductor que une todas estas voces que no cuentan sino sólo confirman la lógica de la asignación de responsabilidades es (no podía ser otra) la verdad.

La novela, por su parte, cuando se interna en hechos que han sido conocidos por la racionalidad jurídica, busca retroceder al momento en que todavía no se había establecido ese pacto de verdad entre las voces del reparto discursivo jurídico. Busca, en suma, devolver el carácter narrativo a aquello que ha sido fragmentado, congelado, vuelto a nombrar, reconducido en su sentido lógico, por la vía analítica. Y así, en ese reclamo estrictamente estético, el novelista devuelve la ambigüedad, el carácter incompleto, la fluidez al hecho. Pero sobre todo, lo que hace es despojarlo de "verdad".

"UN HOMBRE SIN VIRTUD NO PUEDE MORAR MUCHO TIEMPO EN LA ADVERSIDAD, NI TAMPOCO EN LA FELICIDAD; PERO EL HOMBRE VIRTUOSO DESCANSA EN LA VIRTUD, Y EL HOMBRE SABIO LA AMBICIONA"

(Confucio)

Opción Pública

DR. ARMANDO DE LA TORRE[1]

Lecciones para Guatemala

Del Análisis Económico de las Opciones *Previas* a las Decisiones Públicas ("Public Choice")

Todavía no abunda en castellano literatura fácilmente accesible concerniente a este tema.

Por eso me permito sugerir más que lecturas los siguientes puntos de reflexión:

1. La perspectiva desde la cual se hacen los ***análisis económicos*** de costos/beneficios, inaugurada por la llamada "Escuela de Virginia" (Buchanan-Tullock) a principios de los sesenta, es siempre ***ex ante facto,*** es decir, enderezada hacia un futuro previsible y anticipando ***soluciones*** económicamente las más eficientes posibles, no tanto hacia lo irremediablemente ocurrido en el pasado.

   Lo que se busca con ellos es ***solucionar*** problemas que nos afectarán muy ***probablemente*** en el porvenir, dados los ensayos y errores en los que hasta ahora ***hemos*** incurrido, y de ninguna manera para ajustar la conducta de los ciudadanos ***a la letra*** muerta de la legislación vigente (codificada o no), como se hace habitualmente en los tribunales.

   La visión continental europea (la usual entre nosotros), en cambio, tanto del derecho entendido con Jellinek como "un mínimo de moral", cuanto de la legislación decretada con mentalidad jurídica positivista ***stricto sensu*** (Kelsen), tiende a revisar sólo ***ex post facto*** lo ocurrido. Paradigmáticamente así habrá de acaecer en el derecho penal que, de acuerdo a tipificaciones previas, ***juzga*** con una mirada retrospectiva –esto es, después de lo acontecido–, y con tardía utilidad, los costos de todas maneras ya ***internalizados*** por la víctima, e igualmente los beneficios ya ***sumados*** para el victimario, pero que no se centra tanto en ***anticipar*** iguales ocurrencias en el futuro.

   En nuestro sistema tan lamentablemente positivista ***stricto sensu***, esta proyección hacia el futuro habría de ser más tenida en cuenta por el legislador que por el propio juez, reducido con esa mentalidad jacobina a una mera maquinaria silogística a partir de la ***voluntad*** del primero.

2. El análisis económico sólo es posible dentro del marco de una democracia de veras ***representativa***. En este respecto resulta sumamente importante que las ***instituciones*** que garanticen la limpieza del proceso para la elección de los ***"representantes"*** del pueblo, por ejemplo, o las estructuras que aseguren constitucionalmente la división de poderes (preferible al estilo ***federal***) y sin subordinaciones recíprocas, sean sólidamente ***eficaces*** (esto es, en la práctica obligadas a rendir cuentas públicamente a sus representados).

3. También importa sobremanera la concepción que se comparta por todos sobre la naturaleza y funciones del ***Estado***.

   La teoría del Estado que circula más, basada en el paradigma ***organicista*** aristotélico, y bajo el supuesto de un ***bien común*** hipotéticamente reconocible por todos, se ha visto en los hechos mucho ***menos apropiada*** para el ejercicio del análisis económico de opciones y decisiones públicas que habrían de contar con el

1 Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín.

consentimiento de los por ellas afectados, como ***a contrario sensu*** sucede sin excepciones en el mercado.

Del todo inservible se ha mostrado también aquella basada en el carácter ***instrumental*** o mecanicista del Estado, en cuanto herramienta despótica de una clase dominante para la explotación de otra clase dominada (el paradigma marxista), o de una raza "superior" que habla por boca de su caudillo para el sometimiento de las "inferiores" (la visión hitleriana).

La conceptualización, por último, ***contractual*** del Estado (en un sentido más cercano al de Locke que al de Rousseau) se ha evidenciado la más connatural para el objetivo del análisis económico de las opciones públicas que propugnamos. La lógica empleada por el elector en el Estado, según ella, es idéntica a la del consumidor en el mercado.

4. Por eso, de poco serviría el dominio de las técnicas analíticas si no incluimos también los puntos de vista respectivos, muchas veces contradictorios, de lo que se entiende por "bien común" entre los únicos agentes que interesan para el análisis: las ***personas naturales***, iguales ante la ley, que los transparentan a través de sus ***escogencias*** en las urnas.

   Tales actitudes y opiniones de los ciudadanos, que reflejarán en la mayor parte de los casos ***legítimos*** intereses aunque ***contrapuestos***; requieren que la normativa pública (coactiva) se acerque lo más posible a la de la ***voluntariedad*** privada manifiesta (en los ***contratos***) entre individuos, en cualquier mercado, es decir, a la que haría posible que ***ambas*** partes ganen (juego suma positivo), y no -lo más frecuente en las decisiones públicas-, a que una gane a expensas de la otra (juego suma cero). O como lo formuló Montaigne: a que "la ganancia de un hombre sea la pérdida de otro".

   En otras palabras, que el principio económico del "excedente del consumidor" ("consumer surplus") resulte, en lo posible, tan aplicable a las obligaciones generales y abstractas de la ley como a las específicas de los contratos entre privados.

   En cambio, un juego suma cero ***creciente*** entre nosotros -resultado de los cabildeos ante los legisladores por parte de los "buscadores de rentas", ya sea a través de la legislación positiva o de regulaciones del Ejecutivo privilegiantes-, favorece a los ***grupos de presión*** más vociferantes y mejor organizados con detrimento, al corto plazo, del resto de la sociedad, y, al largo plazo, de todos.

5. De esto se desprende también una revisión a fondo de lo que entendemos por gobierno ***de la mayoría.***

   La regla de la mayoría es sólo un ***medio,*** nunca un ***fin*** en sí misma, para determinar a quién se le encomienda el monopolio del poder coactivo del Estado (es decir, quién ha de gobernar, por un plazo determinado, con el respaldo moral de la legitimidad).

   En cuanto tratemos de "principios ***constitucionales***" como punto de partida, esa mayoría de ciudadanos los debería haber internalizado proporcionalmente muy cerca de la regla de la ***unanimidad***.

   En cuanto a la ***legislación ordinaria***, y a las ***reglamentaciones***, esa mayoría, en cambio, puede variar numéricamente de acuerdo a cada ***tipo*** de opción pública fijada en la Constitución. Ello puede ser traducido así a una escala que haya atribuído previamente el poder decisorio a uno, a algunos, a los más, y hasta a todos los electores, según lo hubiere calificado de antemano el "soberano", esto es, el conjunto de los electores.

   Porque el simple hecho de darse una mayoría que propicie una medida y una minoría que la adverse, entraña ***inevitablemente*** la existencia de beneficios para un grupo favorecido (el mayoritario) a un costo desproporcionado para otro grupo perjudicado (el minoritario).

6. Para un país ***heterogéneo*** como Guatemala se deduce que convendría más que la legislación positiva (la extraordinaria y la ordinaria) se atenga lo más estrictamente posible a "principios" generales en los que todos podemos consensuar

mejor que a "intereses" de grupos (gremiales, étnicos, religiosos...) ***sectarios***, dada la tendencia entre estos últimos a congelar legalmente sus diferencias colectivas (con menosprecio de las siempre cambiantes individuales).

Urge en este punto traer a colación la excusa que se viene dando, de principios del siglo XX a la fecha, para volver las espaldas a lo abstracto y general de las normas ***fundamentales*** (que, además, deberían haber sido legisladas con entera independencia de sus ***resultados)***: la de una supuesta justicia "social", en cuyo nombre, en la realidad casi diaria, se pisotea toda justicia a secas.

7. Esto implicaría, por ejemplo, que en lo ***fiscal*** se tribute en justicia indirectamente en ***proporción*** al consumo y no al ingreso ("que pague más el que consuma más" y no que pague más quien gane más), lo que eliminaría la actual ***progresividad*** del impuesto sobre la renta.

   Que en lo ***jurídico***, los derechos de las personas anteriores y superiores al Estado priven sobre los llamados "sociales" (es decir, que el derecho privado permanezca inviolable por el derecho público).

   Que en lo ***penal*** se retenga lo más estrictamente posible el carácter ***territorial*** de la jurisdicción. Que en los ***servicios***, la función ***subsidiaria*** del Estado esté claramente delimitada bajo normas que pongan a un mismo nivel de competencia los servicios privados y los públicos.

   Que con respecto a las ***relaciones con otros Estados***, se eliminen todas las trabas (arancelarias y no arancelarias) puestas al libre intercambio de capitales, mercancías, y de ***mano de obra***, incluso de no haberse podido llegar a convenios internacionales, en forma ***unilateral,*** con entera independencia de la voluntad de legisladores y funcionarios extranjeros (la correcta interpretación de la "soberanía" al externo, no a lo interno del Estado nacional).

8. En realidad, estaríamos entonces implementando de veras lo preceptuado en el artículo 4to. de la actual Constitución, que nos reconoce a todos "iguales en dignidad y derechos".

   Es ésta la esencia del Estado de Derecho, y de su ***natural*** consecuencia: mercados verdaderamente libres, donde el cálculo económico es el más racional en la asignación de los recursos -por definición escasos-, y el sistema de información más efectivo se reduce con exclusividad al de los precios libres (derivados de una libre oferta agregada y de una libre demanda agregada).

   Y donde la ***justicia*** "distributiva" habrá de coincidir con la ***utilidad marginal*** de los aportes de cada factor productivo a la generación de la riqueza.

9. Otra lección muy apropiada para Guatemala –y probablemente para el resto de Iberoamérica–, es el principio que habríamos de privilegiar para el diseño del mecanismo según el cual haremos las reglas que determinen el uso más racional y eficiente, ***en favor de todos,*** de todo aquello que se supone podría ser considerado ***común*** a todos (el subsuelo, por ejemplo, o las ondas electromagnéticas, o el aire, el agua, la tierra incontaminados, etc.).

   Me refiero a si el principio de la ***mayoría*** o el de la ***unanimidad*** (uno de los dos), habría de ser el determinante. O también, de haberse escogido ambos, en cuáles casos concretos nos guiaremos por el uno o por el otro y cómo se ***calificaría*** lo que respectivamente se entenderá por mayoría.

   En el mercado, es obvio que rige el principio de la unanimidad, o no se darían contratos entre particulares. Es decir, nadie se involucra en uno a menos que espere ganar.

   En el Estado, en cambio, por una equivocada interpretación del concepto de "democracia" heredado principalmente de los teóricos franceses del siglo XVIII, se ha impuesto para casi todo y en todas partes la regla de la mayoría como un ideal.

   Esto, en la práctica, siempre entraña que unos –la mayoría– ganan a costa de otros, la minoría. Dicho de otra manera, hay quienes se suman a la mayoría porque sus costos serán relativamente menores a los de la minoría. Esa diferencia entre ***costos relativos*** de ambos grupos la sobrelleva la

minoría, que permanece tal porque a la mayoría no se le exige compensar a la minoría por lo excesivo de su aporte respectivo al supuesto bien "común".

Esto explica, entre otros fenómenos, por qué desde 1950 los partidos en el poder suelen perder las elecciones. Los electores intuyen, sin necesidad de estos refinados análisis, que los legisladores votados por ellos se han coaligado en mayorías coyunturales en el Congreso ***de acuerdo a los grupos de presión a que responden*** para expoliar a los opositores, que pueden ser minorías no menos coyunturalmente constituídas.

En este sentido, cada elección general ha sido una revancha.

"EL DOGMA DE QUE EL PODER ABSOLUTO, EN LA HIPÓTESIS DE SU ORIGEN POPULAR, SEA TAN LEGÍTIMO COMO LA LIBERTAD, COMENZÓ...A OSCURECER EL AMBIENTE."

(Lord Acton)

EDITORIAL SERVIPRENSA

Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S. A. en el mes de noviembre de 2004. La edición consta de 600 ejemplares en papel cuché mate.

UFM-BIBLIO
502747

AÑO XIV - No. 23
Noviembre 2004
Primera época
ISSN 1562-2576